

UNTERSUCHUNGEN ÜBER DAS PFÄNDUNGSPFANDRECHT

INAUGURAL - DISSERTATION

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

EGBERT M. W. JESTAEDT

Gerichtsreferendar

aus Münster/Westf.

Marburg 1966

UNTERSUCHUNGEN UBER DAS PFANDUNGSPFANDRECHT

INAUGURAL - DISSERTATION

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

EGBERT M. W. JESTAEDT

Gerichtsreferendar

aus Münster/Westf.

Marburg 1966

Als Dissertation von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
angenommen am: **28. Februar 1966**

Berichterstatter: Professor Dr. **Schwinge**

Mitberichterstatter: Professor Dr. **Bruns**

Tag der mündlichen Prüfung: **17. März 1966**



Gedruckt mit Unterstützung der Universität Marburg/L.

Les querelles ne dureroient pas longtemps
si le tort n'étoit que d'un côté.

de La Rochefoucauld, Maximes



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41554417_0004

§ 1 <u>Einleitung und terminologische Vorbemerkung</u>	1
1. Das Pfändungspfandrecht. 2. Die gemischt privat-öffentlich-rechtliche Auffassung. 3. Die öffentlich-rechtliche Lehre. 4. Die abstrakt-privatrechtliche Meinung. 5. Die Ansicht Rosenbergs. 6. Problemstellung.	
§ 2 <u>Argumente aus dem Wortlaut des Gesetzes</u>	11
1. Der Wortlaut des § 804 Abs. 1 ZPO. 2. Umkehrschluß aus § 804 Abs. 2? 3. § 806 - Veräußerung "auf Grund der Pfändung" - Sinn des § 806. 4. § 808 als reine Formvorschrift. 5. Der Trugschluß aus § 771. 6. Die Argumente aus §§ 1233 Abs. 2 und 233 BGB.	
§ 3 <u>Die Materialien der ZPO</u>	22
1. Die privatrechtliche Konzeption des Entwurfs. 2. Das Argument Lükess. 3. Die Bedeutung des Pfändungspfandrechts nach den Vorstellungen des Gesetzgebers. 4. Unzulänglichkeit der gesetzgeberischen Konstruktion. 5. Neue Problemstellung.	
§ 4 <u>Die Frage nach der Verwertungsgrundlage</u>	29
1. Verwertungsgrundlage und Pfändungspfandrecht. 2. Die hoheitliche Pfandverwertung als Basis des heutigen Theorienstreits. 3. Börgers Auffassung von der Rolle des Staates bei der Pfandveräußerung. 4. Die Formen der staatlichen Zwangsanwendung - Unhaltbarkeit sowohl der Lehre Börgers als auch der Argumentation der h.M. 5. Praktische Gesichtspunkte. 6. § 90 ZVG und die Anwendbarkeit des § 1244 BGB bei der Mobiliarvollstreckung - Unwirksamkeit hoheitlicher Handlungen des Gerichtsvollziehers. 7. Der Begriff des Pfandrechts - Unhaltbarkeit der herrschenden Auffassung vom Verwertungsrecht. 8. Das Pfändungspfandrecht als reines Recht auf Befriedigung aus der gepfändeten Sache. 9. Das Pfändungspfandrecht im Steuerbeitreibungs- und Verwaltungsvollstreckungsverfahren.	

§ 5 Fortsetzung: Die Frage nach der Verwertungs-
grundlage

48

1. Lükess unzureichende Argumentation gegen die Verstrickung als Verwertungsgrundlage.
2. Verfügungsmacht und Verwertungsgrundlage.
3. Abweichender Standpunkt des ZVG. 4. Mangelnde Schlüssigkeit des Vergleiches von bürgerlichrechtlichen Verfügungen mit den privatrechtsgestaltenden Hoheitsakten des Gerichtsvollziehers.
5. Die Lehre Kuchinkes - Verknennung des Begriffs Verwertungsgrundlage. 6. Die Beweislücke bei Kuchinke. 7. Das Pfändungspfandrecht als causa der Pfandverwertung? 8. Die Inkonsistenz der h.L. - der Hinweis von Bruns. 9. Überflüssigkeit einer Verwertungsgrundlage. 10. Das negative Ergebnis für den Meinungsstreit.

§ 6 Der Zweck des Pfändungspfandrechts

63

1. Ausgangspunkt. 2. Befriedigungszweck?
3. Schwinge. 4. Der Sicherungszweck für die gemischt-rechtliche Theorie. 5. Die Zwangshypothek als Sicherungsrecht. 6. Bloße Sicherung durch das Arrestpfand - Unhaltbarkeit der Auffassungen von Amend und Martin. 7. § 720 ZPO.
8. Die Lehre vom Sonderzweck des Pfändungspfandrechts bei den Anhängern eines privaten Pfandrechts.
9. Zusammenfassung.

§ 7 Das Pfändungspfandrecht als Bestandteil des öffentlich-rechtlichen Verfahrens der Zwangsvollstreckung

78

1. Lükess Argument. 2. Der Standpunkt Spohrs.
3. Unhaltbarkeit beider Meinungen - der Begriff des privatrechtsgestaltenden Staatsaktes.
4. Der Streit um das öffentlich-rechtliche Eigentum. 5. Die Entwicklung des Prozeßrechts.

§ 8 Das materielle oder formelle Pfändungspfandrecht und sein Verhältnis zu den dogmatischen Grundlagen der Zwangsvollstreckung

83

1. Formelles und materielles Recht. 2. Die materielle Funktion des Pfändungspfandrechts.
3. Doppelgesichtigkeit des Begriffs Verwertungsgrundlage. 4. Materielle Verwertungsgrundlage und staatliches Zwangsmonopol - der Gläubiger als "beliehener Unternehmer"?

5. Die formelle Verwertungsgrundlage - Lükess Theorie vom doppelten Verwertungsrecht. 6. Der Irrtum Lükess - das "staatsrechtliche Pfandrecht". 7. Dinglichkeit eines formellen Rechts? 8. "Mittelbares Verwertungsrecht" und Vollstreckungsanspruch. 9. Das staatliche Zwangsrecht als "unmittelbares Verwertungsrecht" - die Substanzlosigkeit von Lükess Pfändungspfandrecht. - 10. Pfändungspfandrecht auch im ZVG? 11. Mehrfache Pfändung derselben Sache - Lükess Pfandrecht im Steuerbeitreibungs- und Verwaltungsvollstreckungsverfahren. 12. Unbrauchbarkeit von Lükess Theorie über das Pfändungspfandrecht an Forderungen. 13. Ergebnisse.

§ 9 Die Interessen der Beteiligten

101

1. Die Beteiligten. 2. Mangel eines staatlichen Interesses am Pfändungspfandrecht. 3. Die Stellung des Gläubigers. 4. Unangreifbarkeit der Lehre Lükess von einer Interessenabwägung her. 5. Der Gedanke der übermäßigen Belastung. 6. Die formelle Seite der Vollstreckungsberechtigung.

§ 10 Akzessorietät des Pfändungspfandrechts

111

1. Vollstreckungsberechtigung und materielle Forderung. 2. Steins Ansicht. 3. Das Problem. 4. Die rechtskräftige Fehlentscheidung im Verhältnis von Gläubiger und Schuldner. 5. Das vorläufig vollstreckbare Urteil - Bedeutung des § 767 Abs.2 ZPO. 6. Rechtskrafterstreckung im Verteilungsverfahren? - Zivilrechtliche Abhängigkeit - § 146 Abs.6 KO. 7. Einschränkungen auf Grund von Kollisionsgefahr? - Hinreichender Schutz durch Gläubigeranfechtungsrecht. 8. Präklusion und Rechtskrafterstreckung - Einwände Bettermanns. 9. Die prozessuale Qualifikation des Pfändungspfandrechts. 10. Die Akzessorietät des Pfandrechts im Steuerbeitreibungs- und Verwaltungsvollstreckungsverfahren.

§ 11 Zusammenfassung

138

SCHRIFTTUMSVERZEICHNIS

- Amend, Kurt: Das öffentlich-rechtliche Pfändungspfandrecht
Diss. Erlangen 1958
- Arndt, Gottfried: Entsteht bei der Pfändung schuldnerfremder Sachen ein Pfändungspfandrecht?
MDR 1961, 368 ff
- Baumbach-Lauterbach: Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und anderen Nebengesetzen
28.Aufl. 1965, München/Berlin
- Baur: Lehrbuch des Sachenrechts
2.Aufl. 1960
München/Berlin
- Bernhardt: Vollstreckungsgewalt und Amtsbetrieb
Leipzig 1935
- Bettermann: Die Vollstreckung des Zivilurteils in den Grenzen seiner Rechtskraft
Hamburg 1948
zit.: Bettermann
- Bettermann: Rechtshängigkeit und Rechtsschutzform
Detmold/Frankfurt/Berlin 1949
- Binding: Die Normen
Bd.I, 3.Aufl. 1916, Leipzig
- Blomeyer, Arwed: Rechtskrafterstreckung infolge zivilrechtlicher Abhängigkeit
ZRP 75, 1 ff
- Blomeyer, Arwed: Zivilprozeßrecht, Erkenntnisverfahren
Berlin/Göttingen/Heidelberg 1963
- Blomeyer, Karl: Zwangsvollstreckung
2.Aufl. 1956, Berlin
- de Boor-Erkel: Zwangsvollstreckung, Konkurs und Vergleich
2.Aufl. 1962, Wiesbaden
- Börger, Heinz: Zur Zwangsvollstreckung in eine dem Schuldner nicht gehörende Sache
Diss. Hamburg 1940
- Braun, Werner: Die Bedeutung des Pfändungspfandrechts in der Versteigerung
Diss. Erlangen 1938

- Bruns, Rudolf: Zwangsvollstreckungsrecht.
Eine systematische Darstellung
1963, Berlin/Frankfurt
- Bunsen: Zur Lehre von den nicht getrennten
Erzeugnissen
ArchBürgR 29, 11 ff
- du Chesne: Die Klage aus § 771 CPO
SächsArch 13, 616 ff
- Demelius: Das Pfandrecht an beweglichen Sachen
nach österreichischem bürgerlichen
Recht
Leipzig 1897
- Dietrich, Herbert: Die Pfändung eigener Sachen
Diss. Leipzig 1937
- Eichler: Institutionen des Sachenrechts
Bd.II, 2.HBd., Berlin 1960
- Emmerich: Pfandrechtskonkurrenzen
Berlin 1909
- Enneccerus-Nipperdey: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen
Rechts
15.Aufl. 1959/60, Tübingen
- Erman: Handkommentar zum Bürgerlichen
Gesetzbuch
2.Aufl.1958, Münster
- Etzold, Max: Die Zwangsvollstreckung des Verkäufers
in die unter Eigentumsvorbehalt ver-
kaufte Sache
Diss. Frankfurt 1928
- Falkmann: Die Zwangsvollstreckung
Bd.II, 2.Aufl.1914, Berlin
- Falkmann-Hubernagel: Die Zwangsvollstreckung in das beweg-
liche Vermögen
3.Aufl. 1937-39, Berlin
- Fangmann, Arnold: Die Rechtsnatur des Pfändungspfand-
rechts an einer beweglichen Sache
bei der Vollstreckung wegen einer
Geldforderung
Diss. Erlangen 1933
- Förster-Kann: Die Zivilprozeßordnung für das
Deutsche Reich
3.Aufl. 1913-26, Berlin
- Forsthoff: Lehrbuch des Verwaltungsrechts
Bd.I, 8.Aufl.1961, München/Berlin

- Fragistas: Das Präventionsprinzip in der Zwangsvollstreckung
Mannheim/Berlin/Leipzig 1931
- Francke: Die Entstehung des Pfandrechts an
gepfändeten Sachen
ZZP 36, 308 ff
- Freudenberg, Karl
Dieter: Die Bereicherungsansprüche des Drittberechtigten nach Beendigung der gesetzlichen Zwangsvollstreckung ins bewegliche Vermögen
Diss. Kiel 1927
- Freund: Der Eingriff in fremde Rechte als Grund des Bereicherungsanspruchs
Breslau 1902
- Fries, Helmut: Pfandverstrickung und Pfändungspfandrecht an beweglichen Sachen
Diss. Göttingen 1935
- Geib: Rechtsschutzbegehren und Anspruchsbetätigung im deutschen Zivilprozeß
München 1909
- Gehring, Otto: Rechtsschutzbedürfnis und Vollstreckungsgewalt
ungedr. Diss. Freiburg i.B. 1950
- Göring, Hans: Die materiellen Wirkungen der vorläufigen Zwangsvollstreckung
ungedr. Diss. Freiburg i.B. 1953
- Goldschmidt: Zivilprozeßrecht
2. Aufl. 1932, Berlin
- Goldschmidt: Der Prozeß als Rechtslage.
Eine Kritik des prozessualen Denkens
Berlin 1925
- Goldschmidt: Materielles Justizrecht (Rechtsschutzanspruch und Strafrecht)
Berlin 1905
- Goldschmidt: Zwei Beiträge zum materiellen Ziviljustizrecht
Berliner Festschr. f. Brunner S. 109 ff
München/Leipzig 1914
- Goldschmidt: Ungerechtfertigter Vollstreckungsbetrieb
München 1910
- Hahn: Die gesammelten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen
Bd. II: Materialien zur Civilprozeßordnung
Berlin 1880

- Hassenpflug:** Zur Anfechtung erlangter Befriedigung aus § 23 der Reichskonkursordnung Gruch 32, 81 ff
- Hegler:** Zum Aufbau der Systematik des Zivilprozeßrechts
Festgabe für Heck, Rümelin, Schmidt S.216 ff
Tübingen 1931
- Hein, Otto:** Handbuch der Zwangsvollstreckung 2.Aufl. 1914, Hannover
- Hein, Wolfgang:** Identität der Partei Bd.II, Berlin/Leipzig 1925
- Heiß, Wolfgang:** Duldung der Zwangsvollstreckung Breslau 1911
- Hellwig:** Verpfändung und Pfändung von Forderungen nach Gemeinem Recht und der Reichs-Civilprozeß-Ordnung Leipzig 1883
- Hellwig-Oertmann:** System des Deutschen Zivilprozeßrechts Bd.II, Leipzig 1919
- Herold, Otto:** Die Konkurrenzen zwischen bürgerlichen und Pfändungspfandrechten Diss. Leipzig 1929
- Hoche:** Zwangsvollstreckungsrecht 3.Aufl. 1963, Darmstadt
- Huber, Ernst Rudolf:** Wirtschaftsverwaltungsrecht Tübingen, 2.Aufl. 1953/54
- Hübschmann-Hepp-Spitaler:** Kommentar zur Reichsabgabenordnung und den Nebengesetzen 1.-4. Aufl. Köln
- Jaeger:** Konkursordnung mit Einführungsgesetzen 8.Aufl. 1958-64, Berlin
- Kaiser, Paul:** Zum Wesen des Pfändungspfandrechts Diss. Marburg 1932
- Kaufmann, Friedrich:** Die rechtliche Natur der Verwertung gepfändeter Sachen Diss. Erlangen 1932
- Kautz-Riewald:** Verwaltungszwangsverfahren zur Beitreibung von Geldbeträgen 8.Aufl. 1955, Berlin/Köln

- Kelleter, Hans-Hugo: Pfändungspfandrecht an nicht dem Schuldner gehörigen Sachen
Diss. Köln 1933
- Kleinfeller: Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeß-
rechts
Berlin 1925
- Kuchinke: Pfändungspfandrecht und Verwertungs-
recht bei der Mobiliarzwangsvoll-
streckung
JZ 1958, 198 ff
- Lautz, Herbert: Fälle analoger Anwendung des § 816 BGB
Diss. Köln 1935
- Lent: Zwangsvollstreckungs- und Konkursrecht
8.Aufl. 1960, München/Berlin
- Lent-Jauernig: Zwangsvollstreckungs- und Konkursrecht
9.Aufl. 1963, München/Berlin
- Lerche: Übermaß und Verfassungsrecht.
Zur Bindung des Gesetzgebers an die
Grundsätze der Verhältnismäßigkeit
und der Erforderlichkeit
Berlin 1961
- v.Lübtow: Die Struktur der Pfandrechte und
Reallasten
Festschr.f.Heinrich Lehmann, S.328 ff
Berlin/Tübingen 1956
- Lüke, Gerhard: Die öffentlich-rechtliche Theorie der
Zwangsvollstreckung und ihre Grenzen
ungedr. Diss. Frankfurt 1953
zit.: Lüke, Öfftr.Theorie
- Lüke: Die Auswirkungen der öffentlich-
rechtlichen Theorie der Zwangsvoll-
streckung auf die Zwangshypothek
NJW 1954, 1669 ff
- Lüke: Die Verwertung der gepfändeten Sache
durch eine andere Person als den
Gerichtsvollzieher (§ 825 ZPO)
NJW 1954, 254 ff
- Lüke: Der Inhalt des Pfändungspfandrechts
JZ 1955, 484 ff
- Lüke: Die Rechtsnatur des Pfändungspfand-
rechts
JZ 1957, 239 ff
- Lüke: Die Bereicherungshaftung des Gläubigers
bei der Zwangsvollstreckung in eine dem
Schuldner nicht gehörige bewegliche Sache
AcP 153, 533 ff

- Lücke: Die Übereignung der gepfändeten Sache durch den Gerichtsvollzieher
ZZP 67, 356 ff
- Lücke: Die Versteigerung der gepfändeten Sache durch den Gerichtsvollzieher
ZZP 68, 341 ff
- Mainka, Johannes: Die Unterschiede zwischen dem Vertragspfandrecht und dem Pfändungspfandrecht
Diss. Breslau 1916
- Martin, Arno: Pfändungspfandrecht und Widerspruchsklage im Verteilungsverfahren
Bielefeld 1963
- Mayer, Otto: Deutsches Verwaltungsrecht
3.Aufl. 1924, München/Leipzig
- Mayer, Otto: Der gegenwärtige Stand der Frage des öffentlichen Eigentums
AöR 21, 499 ff
- Mentzel-Kuhn: Kommentar zur Konkursordnung
7.Aufl. 1962, Berlin/Frankfurt
- Michel, Karl: Das Erlöschen des Pfändungspfandrechts an beweglichen Sachen
Diss. Köln 1933
- Müller, Wilhelm: Die Wirksamkeit des Pfändungspfandrechts
Berlin 1907
- Münzberg: Die Gefährdung des Pfändungspfandrechts durch Vollstreckungsschuldner und Dritte
ZZP 78, 287 ff
- Niese: Doppelfunktionelle Prozeßhandlungen
Göttingen 1950
- Oertmann: Die Frage der Bereicherungshaftung des Vollstreckungsgläubigers bei Pfändung fremder Sachen
AcP 96, 1 ff
- Oertmann: Die rechtliche Natur der Vollstreckungsgegenklage
AcP 107, 199 ff
- Pagenstecher: Prozeßprobleme
Mannheim/Berlin/Leipzig 1930
- Pagenstecher: Ist das Pfändungspfandrecht ein akzessorisches Recht?
Gruch 50, 274 ff

- Pagenstecher: Die praktische Bedeutung des Streitens
über die Rechtskraft
RheinZ 6, 489 ff
- Palandt: Bürgerliches Gesetzbuch. Kommentar
23.Aufl. 1964, München/Berlin
- Pappenheim: Rangstreitigkeiten im Verteilungs-
verfahren nach der ZPO
Berlin 1931
- Petersen-Anger: Die Zivilprozeßordnung für das
Deutsche Reich
5.Aufl. 1904, Lehr
- Petschek: Die Zwangsvollstreckung in Forderungen
nach österreichischem Rechte
1. Teil, Wien 1901
- Planck: Bürgerliches Gesetzbuch.
Allgemeiner Teil
4.Aufl. 1913, Berlin
- Reichmayr: Die Zwangszahlung aus fremden Mitteln
Leipzig/Wien 1910
- Riehl: Über die materiellrechtlichen Voraus-
setzungen des Pfändungspfandrechts
Berlin 1888
- Riewald: Reichsabgabenordnung und Steuergesetz
Berlin/Köln/Detmold 1951
- Rosenberg: Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeß-
rechts
9.Aufl. 1961, München/Berlin
- Sauer: Grundlagen des Prozeßrechts
2.Aufl. 1929, Stuttgart
- Sax: Das unrichtige Sachurteil als Zentral-
problem der allgemeinen Prozeßrechts-
lehre
ZZP 67, 21 ff
- Schlegelberger-Vogels: Erläuterungswerk zum Bürgerlichen
Gesetzbuch
Berlin 1939
- Schmidt, Herbert: Pfändungspfandrecht und Beschlagnahme-
vorrecht
Diss. Leipzig 1936
- Schmidt, Richard: Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeß-
rechts
2.Aufl. 1910, Leipzig
- Schönke: Zwangsvollstreckungsrecht
2./3. Aufl. 1946, Karlsruhe

- Schönke-Baur: Zwangsvollstreckungsrecht und Konkursrecht
7.Aufl. 1963, Karlsruhe
- Schoop-Geiling: Das Beitreibungsrecht der Abgabenverwaltung
Berlin 1956
- Schroeter, Fritz: Grundfragen des Pfändungspfandrechts
ungedr.Diss. München 1949
- Schwab: Der Streitgegenstand im Zivilprozeß
München/Berlin 1954
- Schwinge: Der fehlerhafte Staatsakt im Mobiliarvollstreckungsrecht
2.Aufl. 1963, Aalen
- Senff, Herbert: Die Pfändung der Früchte auf dem Halm
Diss. Göttingen 1933
- Seuffert-Walsmann: Zivilprozeßordnung
12.Aufl. 1932/33, München
- Siber: Der Rechtszwang im Schuldverhältnis nach deutschem Reichsrecht
Leipzig 1903
- Sigrist, Fridhilde: Die Pfändung und Verwertung der vom Vollstreckungsgläubiger unter Eigentumsvorbehalt gelieferten Sachen unter besonderer Berücksichtigung des Abzahlungsgesetzes
Diss. Heidelberg 1962
- Smoira: Die Haftung des redlichen Gläubigers nach beendigter Zwangsvollstreckung in bewegliche, dem Schuldner nicht gehörige Sachen
Berlin 1911
- Soergel-Siebert: Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen
9.Aufl. 1959-63, Stuttgart
- Sohm: Die Lehre vom subpignus
Rostock 1864
- Spohr, Joachim: Das Pfändungspfandrecht an beweglichen Sachen
Diss. Gießen 1932
- Sponer: Das Anwartschaftsrecht und seine Pfändung
Bielefeld 1965
- Staub: Klage und Einrede im Interventionsprozesse
JW 1888, 201 ff

- v.Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
11.Aufl. 1954-63, Berlin
- Stein: Grundfragen der Zwangsvollstreckung
Tübingen 1913
- Stein-Jonas-Schönke-
Pohle: Kommentar zur Zivilprozeßordnung
18.Aufl. 1956, Tübingen
- Sydow-Busch-Krantz-
Triebel: Zivilprozeßordnung und Gerichts-
verfassungsgesetz
22.Aufl. 1941, Berlin
- Thomas-Putzo: Zivilprozeßordnung mit Nebengesetzen
München/Berlin 1963
- v.Tuhr: Der Allgemeine Teil des Deutschen
Bürgerlichen Rechts, Bd.I
Leipzig 1910
- Uhrig, Gottfried: Die Rechtsnatur des Pfändungspfand-
rechts an einer beweglichen Sache
ungedr. Diss. München 1959
- Vogel, Hans-Joachim: Rechtsnatur und Bedeutung des Pfändungs-
pfandrechts an beweglichen Sachen
Diss. Halle 1940
- Weber, Heinrich: Der Rechtsverlust unbeteiligter Dritter
in der Zwangsvollstreckung
ungedr. Diss. Köln 1951
- Weidmann,Karl-Martin: Zur Rechtsnatur des Pfändungspfand-
rechts an beweglichen Sachen
Diss. Marburg 1935
- Weigelin: Pfändungspfandrecht an Forderungen
Stuttgart 1899
- Weismann: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeß-
rechts
Bd.II, Stuttgart 1905
- Westermann: Sachenrecht
4.Aufl. 1960, Karlsruhe
- Wieczorek: Zivilprozeßordnung und Gerichts-
verfassungsgesetz. Handausgabe
Berlin 1960
- Wolff: Die Zwangsvollstreckung in eine dem
Schuldner nicht gehörige bewegliche
Sache
Festgabe für Hübler, S.63 ff
Berlin 1905

- Wolff: Sachenrecht
9.Aufl. 1932, Marburg
zit.: Wolff
- Wolff-Raiser: Sachenrecht
10.Aufl. 1957, Tübingen
- Zöller: Zivilprozeßordnung mit Gerichts-
verfassungsgesetz und Nebengesetzen
9.Aufl. 1958, München

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

a.A.	anderer Ansicht
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
aE	am Ende
aF	alte Fassung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
ArchBürgR	Archiv für Bürgerliches Recht
BAG	Bundesarbeitsgericht
BBG	Bundesbeamtengesetz
BFH	Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BSG	Bundessozialgericht
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
DVB1	Deutsches Verwaltungsblatt
E	Entwurf
Festg.	Festgabe
Festschr.	Festschrift
Gruch	Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts. Begründet von Gruchot
GrünhutZ	Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart. Herausgegeben von Grünhut
h.L.	herrschende Lehre
h.M.	herrschende Meinung

JherJahrb.	Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KG	Kammergericht
KO	Konkursordnung
Lit.Nachw.	Literaturnachweise
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
Mot.	Motive
nF	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OLG	Oberlandesgericht
OLG Rspr.	Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Civilrechts
OVG	Oberverwaltungsgericht
RAO	Reichsabgabenordnung
RFH	Reichsfinanzhof
RG	Reichsgericht
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RheinZ	Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozeßrecht
Rspr.	Rechtsprechung
SächsArch	Sächsisches Archiv für Bürgerliches Recht und Prozeß
SeuffArch	Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten
SGG	Sozialgerichtsgesetz
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung
StGB	Strafgesetzbuch

VerwArch	Verwaltungs-Archiv
VerwVollstrG	Verwaltungsvollstreckungsgesetz
VGH	Verwaltungsgerichtshof
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZVG	Zwangsversteigerungsgesetz
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeß

§ 1 Einleitung und terminologische Vorbemerkung

1. Der Streit um das Pfändungspfandrecht, das nach § 804 Abs.1 ZPO bei der Pfändung entstehen soll, ist fast so alt wie die ZPO selbst. Sein Ausgangspunkt läßt sich auf das Jahr 1888 festlegen¹⁾, sofern man nicht die Auseinandersetzung um das "pignus in causa iudicati captum" des Gemeinen Rechts einbeziehen will. Streit besteht nicht nur über die Rechtsnatur des Pfändungspfandrechts, ob es also dem öffentlichen oder privaten Recht zuzurechnen ist, ob es dem formellen oder materiellen Recht angehört; Streit herrscht auch in der Frage, ob jede Pfändung ein Pfandrecht nach sich zieht, welcher Zweck dem Pfändungspfandrecht zugrunde liegt, welchen Inhalt es hat, ob es Grundlage der Verwertung ist oder nicht. Uneinigkeit besteht über die Frage, wann das Pfandrecht entsteht wie auch wann es erlischt. Lebhaft umstritten ist seine Abhängigkeit von einer zu sichernden Forderung (Akzessorietät), wie sie für das Fahrnispfand des BGB typisch ist. Unbestritten ist eigentlich nur die Tatsache, daß es nach dem unmißverständlichen Wortlaut des Gesetzes ein Pfändungspfandrecht gibt und daß dieses nach § 804 Abs.2 und 3 ZPO gewisse Wirkungen hervorruft.

Das inzwischen sehr umfangreich gewordene Schrifttum macht es dem Leser nicht leicht, jeweils den Kern der Argumentation zu erfassen. Manche der einschlägigen Veröffentlichungen - darunter solche von hohem wissenschaftlichem Wert - sind bedauerlicherweise so

1) Die Veröffentlichungen von Riehl (Über die materiellrechtlichen Voraussetzungen des Pfändungspfandrechts) und von Staub (JW 1888, 201 ff) sind zugleich Grundlage für alle sich später herausbildenden Theorien gewesen. Vgl. des weiteren auch Hassenpflug Gruch 32, 81 ff und Jacobi in der Festgabe für Rudolf von Gneist, 174 ff.

gut wie unbekannt geblieben. Gerade auch sie in die derzeitige Diskussion einzubeziehen, soll eine wesentliche Aufgabe der vorliegenden Untersuchungen sein.

Gleichzeitig aber soll der Blick gelenkt werden auf das Pfändungspfandrecht des § 344 RAO, der sich mit seinem Wortlaut eng an § 804 ZPO anschließt und eine Reihe besonderer Gesichtspunkte beitragen kann. Die Frage nach dem Wesen des Pfändungspfandrechts greift damit über die ZPO hinaus in das Verfahren der Steuerbeitreibung und der Verwaltungsvollstreckung. Das Verwaltungsvollstreckungsgesetz des Bundes sowie die entsprechenden Gesetze der Länder nehmen auf die Bestimmungen der RAO Bezug oder übernehmen unmittelbar § 804 ZPO²⁾ und damit auch dessen Problematik.

2. Im heutigen Schrifttum stehen sich vor allem zwei Meinungen über die Rechtsnatur des Pfändungspfandrechts gegenüber: die gemischt privat-öffentlich-rechtliche Theorie und die öffentlich-rechtliche Theorie³⁾.

Die gemischt-rechtliche Auffassung geht auf Friedrich Stein zurück, der mit seiner Schrift über die "Grundfragen der Zwangsvollstreckung" (1913) auf die Deutung des Wesens der Zwangsvollstreckung einen nachhaltigen Einfluß ausgeübt hat. Steins Lehre geht von der Erkenntnis aus, daß die Pfändung ein staatshoheitlicher Zwangsakt ist, eine Unterart der staatlichen Beschlagnahme. Damit hat Stein sich - im Anschluß an Mothes⁴⁾ - über die früher verbreitete Auffassung

2) § 5 BVerwVollstrG vom 27.4.1953; Art.25 Abs.2 BayVerwZustell.u.VollstrG vom 3.Mai 1961; § 17 Abs.3 PreußVerwVollstrVO vom 15.Nov.1899; § 22 VerwVollstrG NRW vom 23.Juli 1957; § 28 VerwVollstrG Rheinl.-Pfalz vom 8.Juli 1957; § 43 HambVerwVollstrG vom 13.März 1961. Siehe auch § 6 JustizBeitrO vom 11.März 1937 und § 463 StPO.

3) In terminologischer Hinsicht folgen wir dem Vorschlag von Lüke NJW 1954, 254 Note 1, Öfftr.Theorie 5.

4) Mothes, Die Beschlagnahme nach Wesen, Arten und Wirkungen, 1903.

hinweggesetzt, die Pfändung sei ein Rechtsgeschäft⁵⁾! Nach der privat-öffentlich-rechtlichen Theorie gehören die Wirkungen der Pfändung jedoch nicht ausschließlich dem öffentlichen Recht an. Stein hat eine scharfe Trennungslinie gezogen: Auf der einen Seite steht die öffentlich-rechtliche Beschlagnahmewirkung, die Verstrickung der gepfändeten Sache (und das damit unlöslich verbundene Veräußerungsverbot), auf der anderen Seite das bürgerlichrechtliche Pfändungspfandrecht, das ebenfalls eine Wirkung der Pfändung ist. Jede wirksame Pfändung stellt den gepfändeten Gegenstand unter hoheitliche Verfügungsmacht: Er wird zum Zwecke der Zwangsvollstreckung aus dem Vermögen des Vollstreckungsschuldners abgesondert. Während die Verstrickung eine notwendige Folge jeder wirksamen Pfändung ist, muß - nach Ansicht der gemischt privat-öffentlich-rechtlichen Theorie - das bürgerlichrechtliche Pfandrecht nicht mit jeder Pfändung entstehen. So soll z.B. der Vollstreckungsgläubiger an einer dem Schuldner nicht gehörigen Sache kein Pfändungspfandrecht erwerben können. Ferner soll das Pfandrecht akzessorisch sein - also nur dann entstehen, wenn der Gläubiger gegen den Schuldner eine Forderung hat, die durch das Pfändungspfandrecht gesichert werden kann. Schließlich soll das Pfandrecht auch dann nicht entstehen, wenn eine wesentliche Vollstreckungsvoraussetzung fehlt - etwa die Vollstreckungsklausel nicht erteilt worden ist, deren Fehlen einer wirksamen Pfändung freilich nicht entgegensteht. Selbst wenn aber die Pfändung kein Pfändungspfandrecht nach sich zieht, so bleibt davon nach der Lehre Steins die Wirksamkeit der Pfandverwertung unberührt. Die Pfandverwertung, die Stein genauso wie die Pfändung als ein hoheitliches Handeln des Gerichtsvollziehers ansieht, ist also auch dann wirksam, wenn der Schuldner nicht

5) Besonders deutlich noch RGZ 97, 34 (40): Das Pfandrecht entsteht nicht unmittelbar (ohne Willensakt des Gläubigers) durch Gesetz, "sondern durch die Pfändung, also durch eine auf die Entstehung von Rechten gerichtete Handlung, ein Rechtsgeschäft, das aber auf prozessualen Gebiete liegt". Auch die 11. Aufl. des RGRK zum BGB hat sich in Bem. 7 zu § 1257 noch nicht von dieser Vorstellung freigemacht.

Eigentümer der gepfändeten Sache war - ja selbst dann, wenn der Ersteher von diesem Umstand wußte. Denn Verwertungsgrundlage ist nach der gemischt-rechtlichen Auffassung nicht das Pfandrecht, sondern die hoheitliche Verstrickung.

Die Lehre Friedrich Steins ist später vor allem von Erich Schwinge⁶⁾ und Herbert Schmidt⁷⁾ weiter ausgebaut worden. Sie ist heute herrschende Meinung⁸⁾. Zahlreiche Anhänger der gemischt privat-öffentlich-rechtlichen Theorie weichen allerdings in Einzelfragen erheblich von Stein ab. Davon soll aber im folgenden noch die Rede sein. - Die Rechtsprechung hat sich nur zögernd der Auffassung Steins angeschlossen. Bereits in der Entscheidung der Vereinigten Zivilsenate

-
- 6) Schwinge, Der fehlerhafte Staatsakt im Mobiliarvollstreckungsrecht, 1930.
- 7) Herbert Schmidt, Pfändungspfandrecht und Beschlagnahmeverrecht, 1936.
- 8) Vgl. KG JW 1933, 2470; OLG München NJW 1954, 1124; Arndt MDR 1961, 368 ff; Achilles-Greifff, 21. Aufl. 1958, Üb. 2 vor § 1204; Baur, Sachenrecht 517 ff; de Boor-Erkell 57 f; Braun 10 ff; Bruns 84 ff; K. Blomeyer 77 f; Eichler II 2, 547; Enneccerus-Nipperdey 526 Note 53; Förster-Kann § 804 Bem. 2/3; Falkmann-Hubernagel § 804 Bem. 1/2, § 814 Bem. 1; Fragistas 16 ff; Fries bes. 26 ff; Otto Hein 290 ff; Wolfgang Hein, Identität II 99; Hellwig-Oertmann, System II 297 (mit einer Ausnahme für den Fall der Pfändung schuldnerfremder Sachen - aaO 313); Hoche 45 ff; Kaiser bes. 18; Kelleter 26 ff, 65 ff; Kuchinke JZ 1958, 198 ff; Lautz 36 ff; Lent 47; Michel 9 ff, 18 f; Palandt-Hoche § 929 Bem. 6 Bc, Überb. 4d vor § 1204; Pappenheim 37 ff; Rosenberg, 7. Aufl. 1956, S. 953 ff (und die früheren Auflagen); Schöнке-Baur 101; Schroeter 7 ff; Seuffert-Walsmann § 803 Bem. 6, § 804 Bem. 2/3; Sigrist 30 ff; Sponer 72; Stein-Jonas, 16. Aufl. 1939, § 804 Bem. II; Uhrig 24; Weber 31 ff; Westermann 663; Wolff-Raiser 684; Wieczorek § 803 E II, § 804. Lent-Jauernig 48 f und Vogel 14 ff lassen das Pfandrecht auch dann entstehen, wenn Verstöße gegen formelle Bestimmungen vorliegen.

vom 2. Juni 1913 (RGZ 82, 85 ff) hat das Reichsgericht zwar ausgesprochen, daß die Tätigkeit des Gerichtsvollziehers in ihrer Gesamtheit dem öffentlichen Recht angehöre. Spätere Entscheidungen rücken dann aber ein zivilrechtliches Denken wieder in den Vordergrund⁹⁾. Erst mit dem Urteil vom 21. Januar 1938 hat sich das Reichsgericht uneingeschränkt zur gemischt-rechtlichen Theorie bekannt und auch die Pfandverwertung dem öffentlichen Recht zugeordnet (RGZ 156, 395 ff)¹⁰⁾: Die Verwertung der gepfändeten Sache geschehe nicht unter Ausnutzung des privaten Pfandrechts; vielmehr sei die Pfändung Grundlage der Verwertung.

3. Im Gegensatz zur gemischt-rechtlichen Auffassung mißt die öffentlich-rechtliche Pfandrechts-theorie dem Pfandrecht eine größere Bedeutung bei. Sie sieht nicht die Verstrickung, sondern das Pfändungspfandrecht als Verwertungsgrundlage an: Die Verwertungsakte des Gerichtsvollziehers sind also nur dann wirksam, wenn ein Pfandrecht bestanden hat. Gemeinsam mit Stein geht die publizistische Theorie davon aus, daß Pfändung und Verwertung hoheitliche Akte darstellen. Sie geht dann allerdings einen Schritt weiter und ordnet nicht nur die Verstrickung, sondern auch das Pfändungspfandrecht dem Gebiet des öffentlichen Rechts zu. Infolgedessen leugnen die Anhänger der publizistischen Auffassung jegliche Verwandtschaft des Pfändungspfandrechts mit dem Pfandrecht des bürgerlichen Rechts. Daraus werden

9) So z.B. RGZ 97, 34 (40). Siehe dazu oben Note 5. Ferner: RGZ 104, 300 (301 f); 126, 21 (26). Das RG wandte hier die Bestimmung des § 1244 BGB auf die Pfandveräußerung durch den Gerichtsvollzieher an - unter Ablehnung der Ansicht Steins. Hier zeigen sich noch Einflüsse der - heute überholten - rein privatrechtlichen Theorie. Diese rechnete sowohl die Pfändung als auch die Pfandverwertung dem Privatrecht zu. Sie sah die Verwertung als Verwirklichung des Pfandrechts an. In diesem Sinne wohl: v. Tuhr 176 ff; Warneyer, 2. Aufl. 1929/30, § 1257; Staudinger, 9. Aufl. 1925/30, § 1257 Bem. III. Bzgl. der älteren Rspr. des RG vgl. RGZ 22, 265 (270); 26, 101 (104); 39, 160 (161); 43, 178 (180).

10) Siehe auch die kurze Bemerkung in RGZ 153, 257 (261): Der Gerichtsvollzieher handele bei der Versteigerung nach § 817 ZPO als Staatsorgan.

dann folgende Konsequenzen gezogen: Jede Pfändung hat notwendig die Entstehung eines Pfandrechts zur Folge. Demgemäß soll es nicht darauf ankommen, ob die gepfändete Sache zum Vermögen des Schuldners gehört. Das Pfändungspfandrecht soll auch dann entstehen, wenn die Forderung, deretwegen die Zwangsvollstreckung betrieben wird, nicht vorhanden ist. Verstöße gegen Verfahrensvorschriften sind nach der öffentlich-rechtlichen Theorie für das Pfändungspfandrecht nur insofern von Bedeutung, als - bei einem schweren Verstoß - unter Umständen die Pfändung selbst nichtig ist und aus diesem Grunde dann kein Pfandrecht entsteht.

Demelius hat diese Meinung im Jahre 1897 wohl als erster - allerdings nur in Andeutungen - vertreten. Zu einer prägnanten Darstellung ist er noch nicht gelangt¹¹⁾

- 11) Vgl. Demelius 31 ff, bes. 39, 50 Note 63, 154 Note 24. Demelius hält z.B. noch nicht die Begriffe Pfändung und Pfandrecht genügend deutlich auseinander. Klar wird auch nicht, ob Demelius das Pfändungspfandrecht auch als rein formelles Recht versteht, wie dann Bunsen ArchBürgR 29, 27 ff lehrt. Ähnlich auch Emmerich 528 Note 590, 529 Note 591. Denkbar wäre nämlich auch ein materiell-öffentliches Pfandrecht, wie z.B. das öffentlich-rechtliche Eigentum Otto Mayers fraglos ein materiell-rechtliches ist. "Publizistisch" darf nicht ohne weiteres mit "prozessual" gleichgesetzt werden. - Weithin herrscht aber Unsicherheit, ob die publizistische Theorie ihr Pfändungspfandrecht als materiell oder formell konzipiert. Vgl. z.B. Baumbach über sämtliche Auflagen hinweg bis zu Baumbach-Lauterbach, 28. Aufl., Vorb. 3 B vor § 803 und die Bemerkungen zu § 804. Ferner Stein-Jonas § 803 Bem. II 1, § 804 Bem. I und III, wo nur allgemein von einem prozeßrechtlichen Institut die Rede ist; Inhalt und Wirkungen des Pfändungspfandrechts würden von den Normen des Prozeßrechts bestimmt. - Siehe auch Schönke, 2/3. Aufl. 132; Erman-Ronke Vorb. 7 vor § 1204; Zöllner § 804 Bem. I; Thomas-Putzo § 803 Bem. 5, § 804 Bem. 2/3; Staudinger-Spreng § 1204 Bem. 19a; Schiedermair AcP 159, 90; Schwab ZJP 73, 479 f; Grund NJW 1957, 1216; OLG Frankfurt NJW 1953, 1855 = BB 1953, 42; NJW 1954, 1083; wohl auch Sydow-Busch § 804 Bem. 1. - Eine formell-rechtliche Auffassung wird vertreten von Lücke, Öfftr. Theorie, bes. 18, 22; JZ 1957, 243; Amend, bes. 19; Martin, bes. 98 ff; Münzberg ZJP 78, 287 ff. - Für das steuerrechtliche Schrifttum zu § 344 RAO vgl. Hübschmann-Hepp-Spitaler § 344, Rnd Nr. 3 u. 4; Schoop-Geiling 104 f. Letztere meinen, das öffentliche Pfandrecht sei dinglich, entstehe nicht an schuldnerfremden Sachen, sei aber trotzdem Verwertungsgrundlage.

er hat auch wenig Gefolgschaft gefunden. Erst in neuester Zeit ist die publizistische Theorie in stärkerem Maße in Erscheinung getreten. Es ist das Verdienst von Gerhard Lücke¹²⁾, den Versuch unternommen zu haben, der öffentlich-rechtlichen Auffassung eine neue Begründung zu geben und ihre Grundlagen zu klären und zu vertiefen.

4. Eine dritte Meinung sieht im Pfändungspfandrecht zwar ein privates Recht, doch soll dieses automatisch mit jeder Pfändung entstehen und vom Bestand einer zivilrechtlichen Forderung unabhängig sein¹³⁾. Diese Ansicht stimmt in ihren praktischen Ergebnissen größtenteils mit der publizistischen Theorie überein¹⁴⁾. Sie fußt auf der Unterscheidung zwischen Voraussetzungen und Inhalt des Pfändungspfandrechts: Die Voraussetzungen sollen sich allein aus der ZPO ergeben, während für den Inhalt ausschließlich das BGB maßgeblich sein soll. Wir bezeichnen diese Meinung im folgenden als abstrakt-privatrechtliche Theorie¹⁵⁾. Sie wurde von

12) Lücke, Die öffentlich-rechtliche Theorie der Zwangsvollstreckung und ihre Grenzen, Diss. Frankfurt 1953; Der Inhalt des Pfändungspfandrechts, JZ 1955, 484 ff; Die Rechtsnatur des Pfändungspfandrechts, JZ 1957, 239 ff u.a.

13) Als selbständige Gruppe ist diese Meinung erst relativ spät erkannt worden. Vgl. dazu Herb. Schmidt 21; Vogel 7; Uhrig 4 ff; aber auch schon Hellwig-Oertmann, System II 298.

14) Sie dürfte unter dem Einfluß der Lehre Bülow's stehen, daß bei Prozeßhandlungen (insbesondere auch Urteilen) Nichtigkeit schlechterdings undenkbar sei; Bülow AcP 64,27f. Siehe auch Weigelin 22.

15) Die von Vogel 7 gewählte Bezeichnung "Sonderprivatrechtslehre" empfiehlt sich nicht.

Staub ins Leben gerufen¹⁶⁾; im jüngeren Schrifttum hat sie allerdings nicht mehr viele Anhänger¹⁷⁾.

5. Aus einer Reihe von Einzelmeinungen verdient schließlich noch die Ansicht von Rosenberg besonders hervorgehoben zu werden. Rosenberg, der sich offenbar unter dem Eindruck der Argumente Lükes von der - von ihm lange Zeit vertretenen - gemischt-rechtlichen Theorie los-gesagt hat¹⁸⁾, vertritt in den letzten beiden Auflagen seines Lehrbuches nunmehr folgende Auffassung: Das Pfändungspfandrecht unterscheide sich von dem bürgerlich-rechtlichen Pfandrecht nach Voraussetzungen und Wirkungen. Es sei nicht akzessorisch¹⁹⁾ und entstehe, gleichgültig wem die gepfändete Sache gehöre. Das alles erweckt zunächst den Eindruck, als vertrete Rosenberg die öffentlich-rechtliche Theorie. Rosenberg weicht jedoch in einem sehr wesentlichen Punkt von der

16) Gerade Staub wird häufig als Stammvater der öffentlich-rechtlichen Auffassung in Anspruch genommen. Lücke JZ 1955, 484; Öfftr.Theorie 18; Sponer 70 Note 5. Das ist nur sehr bedingt richtig - insofern nämlich, als die feste Verbindung von Pfandrecht und Pfändung auch das Hauptanliegen der publizistischen Meinung ist. Staub ging wohl aber von einem privatrechtlichen Pfandrecht aus; zumindest ist nirgends von einem öffentlich-rechtlichen Pfandrecht die Rede. - Wenn Uhlig 4 f auch Emmerich zu den "Privatrechtlern" rechnet, so kann dem nicht zugestimmt werden. Emmerich spricht ziemlich deutlich von einem "selbständigen, zivilprozessualen, formalen, von materiellen Rechtsverhältnissen unabhängigen Recht"(aaO 528 Note 590); siehe auch 529 Note 591, wo eine Privatrechtsnatur ausdrücklich geleugnet wird.

17) R. Schmidt 933 ff; Francke ZJP 36, 308 ff; Vierhaus ZJP 13, 493 ff; Weigelin 21 ff; 27; Petersen-Anger § 804 Bem.1; Soergel, 6.Aufl.1937, § 1257 Bem.2; **Soergel - Siebert Einl. 7 vor § 1204**; Kraemer ZJP 46, 146 ff; Kaufmann Gruch 53, 327 ff; Spohr passim, bes.8, 24, 50 ff; Weidmann 20, der allerdings an der Akzessorietät des Pfändungspfandrechts festhält; Bernhardt 54. Pagenstecher Gruch 50, 274 ff leugnet nur die Akzessorietät des Pfändungspfandrechts, nicht aber läßt er aus jeder Pfändung ein Pfandrecht entstehen (falsch: Sponer 70 Note 5, Schroeter 18 u. Lent, 6. Auflage 1956, 45, die Pagenstecher zu den Anhängern der publizistischen Theorie rechnen; unrichtig auch Enneccerus-Nipperdey 526 Note 53).

18) Rosenberg 998/999.

19) anders allerdings 886 (wohl nur ein Redaktionsversehen).

Meinung Lükas ab: Eine unzulässige Pfändung soll zwar eine Verstrickung, aber kein Pfandrecht hervorrufen. Mit dieser Ansicht setzt Rosenberg sich in Widerspruch zu der wichtigsten These der öffentlich-rechtlichen Auffassung: daß nämlich mit jeder wirksam vorgenommenen Pfändung das (publizistische) Pfandrecht entstehe. Daher kann wohl angenommen werden, daß Rosenberg grundsätzlich an einem privatrechtlichen Pfandrecht festhält²⁰⁾.

Immerhin unterscheidet er sich in der Frage der unzulässigen Pfändung aber auch von den Vertretern der abstrakt-privatrechtlichen Meinung. In mancherlei Beziehung ähneln seine Anschauungen der Auffassung Müllers²¹⁾, der ebenfalls systematisch schwer einzuordnen ist²²⁾.

6. Insgesamt läßt sich sagen, daß die Vorstellungen über Pfändung und Pfändungspfandreht zunächst ausschließlich dem Zivilrecht verhaftet waren, bis vor allem dann Friedrich Stein öffentlich-rechtliche Elemente in den Vordergrund rückte. Nachdem die gemischt privat-öffentlich-rechtliche Theorie zur herrschenden Lehre geworden war, zeigte sich bald im Schrifttum freilich auch eine gewisse rückläufige Tendenz (Pagenstecher, Wolff, Spohr, Börger), welche den Verwertungsvorgang wieder privatrechtlich sehen wollte. In jüngster Zeit gehen

20) Schiedermaier AcP 159, 90 äußert berechtigte Zweifel an der Vereinbarkeit von Rosenbergs Auffassung mit einer öffentlich-rechtlichen Theorie. Ebenso Martin 99 Note 11. - Rosenberg 999 spricht selbst davon, die Bedeutung des Pfändungspfandrehts bestehe in seinen privatrechtlichen Wirkungen.

21) Müller lehrt, daß bei Verstoß gegen "sachliche" Voraussetzungen das Pfändungspfandreht entsteht, nicht dagegen beim Verstoß gegen "formelle" Bedingungen. Zu den sachlichen rechnet Müller u.a. die Zugehörigkeit zum Vermögen des Schuldners (S. 89 ff), Nichtvorliegen eines Pfändungsverbotes (S. 56 ff); zu den formellen zählen Partei- und Prozeßfähigkeit, Zulässigkeit des Rechtsweges, die Formvorschriften für die Pfändung usw. (S. 114 ff). Müllers Auffassung ist schon so überzeugend widerlegt worden (Schwinge 16 ff; Petschek ZJP 42, 390 ff), daß sich ein weiteres Eingehen nicht lohnt. - Jedenfalls ist es aber unrichtig, Müller ohne weiteres als Vertreter der abstrakt-privatrechtlichen Theorie zu bezeichnen (Herb. Schmidt 21 Note 16) oder gar als Anhänger der öffentlich-rechtlichen Theorie (Lücke, Öfftr. Theorie 1 Note 3).

22) Auf die Theorien von Kleinfeller 636 und du Chesne SächsArch 13, 616 ff soll im folgenden noch kurz eingegangen werden. Dazu unten S. 90.

jedoch Strömungen dahin, fast die gesamte Zwangsvollstreckung dem öffentlichen Recht zu unterstellen (Schönke, Lüke, Amend, Spreng, Martin). Der Streit um das Pfändungspfandrecht, der nach dem Erscheinen von Steins grundlegender Schrift nie völlig zur Ruhe gekommen ist, hat sich damit von neuem belebt.

Die Frage nach dem Entstehen des Pfändungspfandrechts wird vor allem dann bedeutsam, wenn mehrere Gläubiger sich im Verteilungsverfahren (nach §§ 872 ff ZPO) um das bessere Recht am Erlös einer versteigerten Sache streiten. Die praktische Bedeutung des Theorienstreites ist allerdings geringer, als es bei einem oberflächlichen Vergleich der verschiedenen Lehrmeinungen erscheinen mag. Das zeigt sich schon an der Tatsache, daß der Bundesgerichtshof bisher noch keinen Anlaß hatte, sich über die Rechtsnatur des Pfändungspfandrechts zu äußern. Immerhin lohnt es sich aber, die Frage nach dem Wesen des Pfändungspfandrechts, die bisher noch nicht endgültig geklärt werden konnte, nochmals als eine der "Grundfragen der Zwangsvollstreckung" aufzugreifen. Dabei wird sich allerdings die vorliegende Arbeit im wesentlichen auf die Frage beschränken, ob das Pfändungspfandrecht privatrechtlich oder öffentlich-rechtlich, materiell oder formell, akzessorisch oder nicht akzessorisch ist.

§ 2 Argumente aus dem Wortlaut des Gesetzes

Das ältere Schrifttum war der Meinung, die Frage nach dem Wesen des Pfändungspfandrechts aus dem Text des Gesetzes lösen zu können. Die Argumente wurden dabei insbesondere den §§ 804, 806, 808 ZPO entlehnt, deren Fassung jedoch seltsamerweise sowohl von den Anhängern eines privatrechtlichen Pfändungspfandrechts als auch von den Anhängern der öffentlich-rechtlichen Theorie in Anspruch genommen wurde. Schon allein dieser Umstand läßt zweifeln, ob der Gesetzestext verbindliche Aussagen über das Pfändungspfandrecht herzugeben vermag. Die ZPO hat das Pfändungspfandrecht nur in wenigen Vorschriften erwähnt, ohne sich über seine Rechtsnatur weiter auszulassen. Das sind die §§ 804, 832, 930, 931 ZPO.

1. Der apodiktische Wortlaut des § 804 Abs.1 ZPO legt zunächst den Schluß nahe, daß der Gläubiger bei jeder Pfändung ein Pfandrecht als unbedingte Folge erhalten soll¹⁾. Dieser Hinweis läßt sich leicht mit Schwinge²⁾ und Pappenheim³⁾ durch einen prima-facie-Beweis entkräften. "Wenn der Gesetzgeber hier ausdrücklich von einem Pfandrecht spricht", argumentiert Schwinge, "so muß ihm logischerweise so etwas wie das Pfandrecht des BGB vorgeschwebt haben". Das gilt dann aber auch für die Voraussetzungen der Entstehung des Pfändungspfandrechts. Denn für die Annahme eines völlig neuartigen Gebildes müßten schon besondere Gründe vorgelegen haben.⁴⁾ - Ähnlich stützte sich auch Lent auf den

1) Kaufmann 34; Baumbach, 3.Aufl.1926, § 803 Bem.2b; Kraemer ZZP 46,148; Staub JW 1888, 201 ff; Weidmann 20; mißverständlich: Sigrist 35.

2) Schwinge 85.

3) Pappenheim 38.

4) Vgl. Note 2; siehe auch schon Riehl 34 f; Pappenheim 38 betont, daß der Gesetzgeber es deutlicher und ausführlicher zu erkennen gegeben hätte, wenn er ein prozeßrechtliches Pfändungspfandrecht beabsichtigt hätte. Vgl. auch Herb. Schmidt 24; Etzold 17; Michel 11 f; Hellwig-Oertmann, System II, 298; Wolfgang Hein, Identität II, 98 Note 39. Allerdings ist es auch zutreffend, wenn Martin 100 bemerkt, die rein formalen Argumente aus § 804 Abs.1 ZPO seien nicht von ausschlaggebender Bedeutung.

Gebrauch des Wortes "Pfandrecht"⁵⁾, man dürfe ihm nicht willkürlich einen anderen Sinn unterschieben. Das leuchtet an sich ein. Eine gewisse Vermutung in dieser Richtung besteht wohl; jedoch ist damit noch nicht gesagt, ob nicht vielleicht doch zwingende Gründe ein Abgehen vom Begriff des bürgerlichen Pfandrechts erheischen.

§ 804 ZPO veranlaßt Smoira⁶⁾ zu folgender Erwägung: Die Vorschrift betreffe sowohl die Zwangsvollstreckung in körperliche Sachen wie in Forderungen; sie gehöre somit zu den "allgemeinen Bestimmungen" der Zwangsvollstreckung. Smoira weist dann darauf hin, daß nach einhelliger Ansicht die Pfändung an einer dem Schuldner nicht gehörenden Forderung kein Pfandrecht begründen könne. Das ist ebenfalls richtig. Dann aber folgt ein Trugschluß: "Läßt nun § 804 durch die Pfändung ein Pfandrecht an dem gepfändeten Gegenstand entstehen, so kann es doch offenbar nicht den Fall der Nichtzugehörigkeit des Pfändungsobjekts zum Schuldnervermögen begreifen; denn sonst würde doch die Bestimmung auf die Pfändung von Forderungen nicht passen." Wie Lücke⁷⁾ zutreffend bemerkt, resultiert das unterschiedliche Ergebnis nicht aus der Nichtzugehörigkeit des Gegenstandes zum Schuldnervermögen, sondern ergibt sich schon aus der Wesensverschiedenheit von Sache und Forderung. Bei einer dem Schuldner nicht zustehenden Forderung fehlt es überhaupt an jeglicher "Substanz für eine Pfändung"⁸⁾. Eine solche Pfändung muß daher - auch darin ist Lücke zuzustimmen - notwendig ins Leere gehen. - Der Argumentation von Smoira, welche gegen Staub, Müller, Francke und Emmerich gerichtet war, ist damit der Boden entzogen worden.

5) Lent, 6. Aufl. 1956, 45 - inzwischen anscheinend aufgegeben - vgl. 8. Aufl. 1960, 47. Vgl. weiterhin Hein, Identität II, 98 Note 39; Falkmann 620, 623; Predari Gruch 54, 451; Braun 7; Herb. Schmidt 24; Kaiser 15.

6) Smoira 39; ebenso Kaiser 13.

7) JZ 1957, 243; Öfftr. Theorie 19, 36 f.

8) Lücke aaO; so auch die ganz h.M. - Anders (und falsch) allerdings OLG München NJW 1954, 1124 mit (zutreffend) ablehnender Anmerkung von Merz NJW 1955, 347.

2. Auch § 804 Abs.2 ZPO, der das Pfändungspfandrecht dem Vertragspfand gleichstellt, dürfte kaum geeignet sein, zur Klärung des Problems beizutragen. Bunsen⁹⁾ und Demelius¹⁰⁾ versuchen, aus der Vorschrift einen Umkehrschluß zu ziehen: Die Gleichsetzung von Pfändungspfandrecht und Vertragspfand erstrecke sich nur auf einzelne Beziehungen (arg.: "im Verhältnis zu anderen Gläubigern")¹¹⁾. Dahinter steht der Gedanke, das Gesetz habe das Pfändungspfandrecht nur deshalb im Verhältnis zu anderen Gläubigern einem durch Vertrag erworbenen Pfandrecht gleichstellen können, weil jenes in Wirklichkeit kein bürgerliches Pfandrecht sei. Insofern wäre dann § 804 Abs.2 ZPO als Fiktion zu verstehen. - Das ist freilich keine zwingende Überlegung. Denn mag auch feststehen, daß auf das Pfändungspfandrecht keineswegs alle Regeln des bürgerlichen Pfandrechts passen, so läßt diese Tatsache noch nicht den Schluß auf eine verschiedene Rechtsnatur beider Institute als gesichert erscheinen¹²⁾. Mit demselben Recht könnte auch der Schluß auf Wesensgleichheit von Pfändungspfandrecht und Vertragspfandrecht in § 804 Abs.2 ZPO eine Stütze finden. Dieses Argument macht sich z.B. Schwinge¹³⁾ zu eigen, wenn er darauf hinweist, das Gesetz beschränke die Rechtsfolgen des Pfändungspfandrechts ausdrücklich auf das Verhältnis von Gläubiger zu Gläubiger und Gläubiger zur Konkursmasse; zwischen diesen aber bestehe kein Verhältnis der Über- und Unterordnung, wie es doch für öffentliche Rechtsverhältnisse kennzeichnend sei, sondern ein solches der Gleichordnung. - Im übrigen ergibt die Entstehungsgeschichte des § 804 Abs.2 ZPO, daß ihm heute keine selbständige Bedeutung mehr zukommt¹⁴⁾. Der ursprüngliche Zweck bestand darin, angesichts der Zersplitterung des bürgerlichen Rechts wenigstens einige

9) ArchBürgR 29, 27.

10) Demelius 34 f.

11) Ganz ähnlich auch Baumbach-Lauterbach § 804 Bem.3A und Staudinger-Spreng § 1204 Bem.19a. Siehe auch Freudenberg 10 und Kaufmann 31.

12) Vgl. zu § 804 Abs.2 auch Spohr 12.

13) Schwinge 10; Michel 10; Braun 6 f. Dagegen Herb. Schmidt 23 f.

14) So auch Herb.Schmidt 23.

gemeinsame Regeln aufzustellen, um dem Pfändungspfandrech eine in den wichtigsten Punkten übereinstimmende Behandlung zuteil werden zu lassen¹⁵⁾ Da dieser Zweck mit Schaffung des BGB hinfällig geworden ist, erfüllt § 804 Abs.2 ZPO heute nur noch die Aufgabe einer Klarstellung.

3. Das Reichsgericht stützt sich (RGZ 156, 395, 398) - wie auch Stein¹⁶⁾ - auf § 806 ZPO. Nach dieser Bestimmung steht dem Erwerber eines Gegenstandes, der "auf Grund der Pfändung" veräußert worden ist, kein Anspruch auf Gewährleistung zu. Der Wortlaut scheint dafür zu sprechen, daß die Verwertung der gepfändeten Sache, wie es die Vertreter der gemischt privat-öffentlich-rechtlichen Theorie behaupten, allein von einer wirksamen Pfändung und nicht von der Existenz eines Pfandrechts des Pfändungsgläubigers abhängt. So führt das Reichsgericht (aaO) aus: "Nicht das Pfandrecht, sondern die Pfändung ist Grundlage der Verwertung (§ 806 2 ZPO)". Auch dieses Argument ist jedoch keineswegs zwingend, kann sich also nicht gegen ein abstrakt-privatrechtliches oder publizistisches Pfandrecht richten. Selbst dann wird nämlich der gepfändete Gegenstand noch "auf Grund der Pfändung" veräußert, wenn das Entstehen des Pfandrechts allein von einer wirksamen Pfändung abhängt¹⁷⁾.

Auch ein weiteres Argument erweist sich als stumpfe Waffe gegen die Gegner der herrschenden Meinung. Es ist gesagt worden: Wenn § 806 ZPO jeden Gewährleistungsanspruch wegen eines "Mangels im Recht" ausschließe, so habe das überhaupt nur dann einen Sinn, sofern man davon ausgehe, daß eine wirksame Pfändung nicht notwendig (etwa bei Pfändung einer schuldnerfremden Sache) ein Pfändungspfandrecht nach sich ziehe.

15) Vgl. Hahn 450 f und Martin 118. Damit ist zugleich auch das Hauptargument Staubs (JW 1888, 202) hinfällig geworden.

16) Stein 56; Schroeter 7, 32; Kaiser 18; Rosenberg 999; KG JW 1933, 2470.

17) Lücke JZ 1957, 240; Öfftr. Theorie 14; Martin 112. Nichts anderes gilt auch für Argumente aus §§ 814, 816 ZPO.

Andernfalls könne nämlich der vom Gesetz ins Auge gefaßte Fall nicht eintreten, daß der Ersteigerer bei der Pfandverwertung eine mit einem "Mangel im Recht" behaftete Sache erwerbe, - Oertmann¹⁸⁾, auf den dieser Gedanke zurückgeht, hat sein Argument später fallen gelassen¹⁹⁾. Zahlreiche Autoren haben ihm entgegengehalten, die in § 806 ZPO erwähnten Mängel könnten ihren Grund auch in formellen Verstößen haben, welche die Entstehung eines Pfändungspfandrechts verhindern; dann aber sei für die Anwendung des § 806 ZPO noch genügend Raum und der von Oertmann konstruierte Widerspruch bestehe in Wahrheit nicht²⁰⁾. Wenn Lücke sich freilich mit dem Argument von den "formellen Verstößen" gegen Oertmann wendet, so ist das vom Standpunkt der öffentlich-rechtlichen Theorie nicht haltbar. Es wird nicht ganz klar, ob Lücke hier davon ausgeht, daß in bestimmten Fällen wegen eines formellen Verstoßes einer wirksamen Pfändung kein Pfandrecht folgt. Eine solche Annahme geriete unausweichlich in Widerspruch zur Hauptthese der öffentlich-rechtlichen Theorie, daß jede wirksame Pfändung das Pfändungspfandrecht als notwendige Folge nach sich zieht²¹⁾, welches dann Grundlage der weiteren Vollstreckung sein kann. Sollte Lücke aber nur sagen wollen, daß bei den genannten formellen Verstößen, welche kein Pfändungspfandrecht entstehen lassen, es auch an einer

18) Oertmann AcP 96, 20 f wandte sich mit dem Argument gegen die Ansicht, der Gläubiger könne gutgläubig (entsprechend § 1207 BGB) ein Pfändungspfandrecht erwerben.

19) Hellwig-Oertmann, System II 313.

20) Müller 102; Emmerich 448 Note 390; Smoira 12; Kaiser 9; Lücke JZ 1957, 241 f, Öfftr.Theorie 19; Amend 11; Arndt MDR 1961, 369. Vgl. ferner auch: Francke ZZP 36, 315; Kelleter 61 ff; Wolff, Festg. für Hübner, 1905, 65.

21) So Lücke selbst JZ 1957, 242, Öfftr.Theorie 25; Amend 17.

wirksamen Verstrickung fehlt, wäre der Rahmen des § 806 ZPO gesprengt. Denn eine gültige Veräußerung "auf Grund der Pfändung" setzt nach Lükess Ansicht ja eine wirksame Pfändung als Minimum voraus. Lücke ist somit eine Antwort auf die Frage nach dem Sinn des § 806 ZPO schuldig geblieben.²²⁾

Das ist um so erstaunlicher, als eine solche Antwort nicht schwer zu finden ist. § 806 ZPO stellt klar: Der Erwerber soll keinen Gewährleistungsanspruch haben.²³⁾ Daß diese Feststellung für den Fall von Sachmängeln sinnvoll ist (entsprechend § 461 BGB), bedarf keiner Erörterung. Daneben ging der Gesetzgeber wohl von der Ansicht aus, daß der erworbene Gegenstand auch mit Rechten Dritter belastet sein könne.²⁴⁾ Nun aber geht die heute bei weitem überwiegende Meinung dahin, daß der Erwerber der versteigerten Sache auf Grund Hoheitsaktes in jedem Fall uneingeschränkt.. Eigentum an der Sache erwirbt - eine Ansicht, welche die Anhänger der öffentlich-rechtlichen Theorie vorbehaltlos teilen. Belastungen und Beschränkungen erlöschen und können folglich auch nicht mehr "Mängel im Recht" sein.²⁵⁾ Wenn der Gesetzgeber einer anderen Meinung gewesen ist, so wurde ihr dann durch eine moderne Auffassung vom Wesen der Pfandverwertung der Boden entzogen. Die Frage nach dem Sinn des § 806 ZPO verknüpft sich also mit der Konstruktion der Zwangsverwertung. Treffend bemerkt Amend²⁶⁾, § 806 entscheide nicht, ob die Zwangsverwertung

22) Für Müller aaO war dagegen das Argument von den formellen Verstößen folgerichtig.

23) wie ihn möglicherweise ein Käufer nach BGB-Vorschriften hätte (§§ 434 ff BGB).

24) Vgl. auch Oertmann AcP 96, 20 f.

25) Insofern wäre dann die Vorschrift überflüssig geworden. Vgl. auch Stein-Jonas § 806 Bem. I 1. Mängel können dagegen nach wie vor auftreten beim Erwerb von Forderungen und sonstigen Rechten. Von Bedeutung wäre § 806 fernerhin bei einer privatrechtlichen Konstruktion der Verwertung. Dazu Goldschmidt, Zivilprozeßrecht 345.

26) Amend 10; ähnlich schon Herb. Schmidt 26.

in ihrem Wesen eine Sach- und Rechtsmängelhaftung zu-
lassen dürfe. Nur bestimme er für den Fall, daß eine
Konstruktion eine solche Haftung ermöglichen sollte,
den Ausschluß etwaiger Gewährleistungsansprüche. Daher
ist es auch nicht etwa ein öffentlich-rechtliches
Pfändungspfandrecht, welches den Ausschluß der Haftung
für Rechtsmängel in § 806 ZPO gegenstandslos macht.
Damit scheidet § 806 ZPO aber als Argument für die eine
oder andere Auffassung aus²⁷⁾.

4. Im älteren Schrifttum machte man weiterhin auf
§ 808 ZPO aufmerksam²⁸⁾. § 808 Abs.1 bestimmt, daß die
Pfändung der im Gewahrsam des Schuldners befindlichen
Sachen dadurch bewirkt wird, daß der Gerichtsvollzieher
sie in Besitz nimmt. Hieraus glaubte man entnehmen zu
können, zur Entstehung eines Pfändungspfandrechts sei
nichts weiter erforderlich als eine nach § 808 ZPO wirk-
same Pfändung. Jedoch zu Unrecht. Schon Stein²⁹⁾ hat
darauf hingewiesen, daß § 808 ZPO nur die Form des
Pfändungsaktes betreffe, so daß aus ihm keine Schlüsse
für die Beantwortung der Frage gezogen werden können,
ob zur Entstehung des Pfandrechts neben der Pfändung
irgendwelche materiellen Erfordernisse vorliegen müssen³⁰⁾.

27) Irrig ist auch die Meinung Michels (13/14), § 807
könne als Beweis dafür herangezogen werden, daß
der Gläubiger kein Recht an schuldnerfremder Sache
erlangt. Dagegen auch Kaiser 9.

28) Staub JW 1888, 202; Kaufmann Gruch 53, 330;
Emmerich 448 f. - Lüke JZ 1957, 241 Note 29 und
Smorra 24 Note 1 rechnen - fälschlicherweise! -
auch Müller zu den Vertretern dieser Meinung.
Müller 90 spricht aber nur davon, daß Gewahrsam des
Schuldners formelle Voraussetzung für das Einschrei-
ten des Gerichtsvollziehers ist, wogegen nichts
einzuwenden ist.

29) Gaupp-Stein, 8.u.9.Aufl.1908, § 804 Bem.II 4a,
§ 808 Bem.I.

30) ebenso Smorra 24; Börger 7; Michel 14; Kaiser 14;
Lüke JZ 1957, 241, Öfftr.Theorie 19.

5. Auch § 771 ZPO ist nicht in der Lage, einen Beweisgrund herzugeben³¹⁾ So ist etwa die Behauptung nicht schlüssig, daß sich die Drittwiderspruchsklage gegen das Pfandrecht richte. Von diesem Ausgangspunkt versuchte Müller zu begründen, daß auch an schuldnerfremden Sachen ein (privatrechtliches) Pfandrecht entstehe³²⁾ Der Fehler Müllers liegt darin, daß er in § 771 ZPO etwas hineinlegt, was zu beweisen ist³³⁾ Demgegenüber gibt man heute der Klage eine ganz andere Zielrichtung, nämlich die Verstrickung. Das wird auch von den heutigen Vertretern der öffentlich-rechtlichen Pfandrechts-theorie nicht bestritten. Daraus erklärt sich, warum § 771 ZPO in der Diskussion über das Pfändungspfandrecht in neuester Zeit keine Rolle mehr spielt³⁴⁾

In diesem Zusammenhang ist auch ein Gedanke Oertmanns³⁵⁾ abzulehnen. Wenn bei Pfändung einer schuldnerfremden Sache kein Pfandrecht entsteht, würde das, meint Oertmann, zu unliebsamen Konkurrenzen zwischen der Klage aus § 771 ZPO und den Eigentumsklagen führen. Dem ist entgegenzuhalten, daß ein solches Nebeneinander nicht eintreten kann, da die Drittwiderspruchsklage grundsätzlich vorgeht³⁶⁾

6. Schließlich ist noch kurz auf zwei Argumente einzugehen, welche dem BGB entnommen werden.

Rosenberg glaubte³⁷⁾ - er hat diese Ansicht inzwischen aufgegeben - wegen § 1233 Abs.2 BGB die öffent-

-
- 31) Müller 91 ff; Kraemer ZZP 46, 152;
Kaufmann Gruch 53, 327, 331; Emmerich 449 Note 394;
Baumbach, 3.Aufl.1926, § 804 Bem.20.
- 32) Müller 91 ff. Die Argumente Müllers haben heute keinen Wert mehr, da er die Begriffe Pfändung, Verstrickung und Pfandrecht nicht auseinanderhält; vgl. hierzu auch die Kritik Schwinges 16 ff. Zu dem Argument aus § 771 ferner Smoira 27 ff.
- 33) Vgl. auch Smoira 27, der Müller ebenfalls eine petitio principii vorwirft.
- 34) Vgl. auch ausführlich zu § 771 Stein 45 ff.
- 35) Hellwig-Oertmann, System II 313; dagegen Vogel 45; Arndt MDR 1961, 369.
- 36) Vgl. RGZ 67, 310 (312); 108, 260 (262).
- 37) Rosenberg, 7.Aufl. 1956, S.954.
Vgl. demgegenüber jetzt 9.Aufl. S.998.

lich-rechtliche Natur des Pfändungspfandrechts bestreiten zu können: Auch beim Vertragspfand könne es vorkommen, daß die Verwertung durch den Gerichtsvollzieher als Staatsorgan erfolge. Dieser Hinweis Rosenbergs beruht auf folgendem Gedanken: Wenn beim Vertragspfand eine Verwertung durch den Gerichtsvollzieher möglich ist, sofern der Pfandgläubiger für sein Recht zum Verkauf nur einen vollstreckbaren Titel erlangt hat, so kommt bei dieser Verwertung offensichtlich kein öffentlich-rechtliches Pfändungspfandrecht als Verwertungsgrundlage in Betracht. Denn eine Pfändung ist nicht erforderlich. Das Argument Rosenbergs richtet sich also gegen die These der öffentlich-rechtlichen Auffassung, nur ein publizistisches Pfändungspfandrecht könne Grundlage einer Verwertung im Sinne der §§ 814 ff ZPO sein. - Lücke hält Rosenberg entgegen³⁸⁾, bei der Verwertung nach § 1233 Abs.2 BGB handele der Gerichtsvollzieher - anders als bei der Verwertung einer gepfändeten Sache - nicht hoheitlich. Richtig ist, wenn Lücke bemerkt, § 1233 Abs.2 BGB wolle dem Inhaber eines Faustpfandes lediglich die Möglichkeit eröffnen, sich von den unbequemen Beschränkungen der §§ 1234 - 1240 BGB frei zu machen. Fragwürdig erscheint demgegenüber aber, daß Lücke die Annahme einer privatrechtlichen Verwertung bei § 1233 Abs.2 BGB lediglich mit dem Hinweis rechtfertigt, hier fehle es an der notwendigen öffentlich-rechtlichen Verwertungsgrundlage. Gewiß erklärt die Verwertung in der Form der Zwangsvollstreckung noch nicht, ob sich hinter der äußeren Form ein privatrechtliches oder öffentlich-rechtliches Handeln des Gerichtsvollziehers verbirgt. Vom Ausgangspunkt eines publizistischen Pfändungspfandrechts mag es zwar folgerichtig sein, die Pfandveräußerung nach § 1233 Abs.2 BGB dem bürgerlichen Recht zuzuweisen. Doch ist Lückes Argumentation gegen Rosenberg schon insofern fehlerhaft, als er von der Notwendigkeit einer Verwertungsgrundlage auf die Natur der Pfandverwertung gemäß § 1233 Abs.2 BGB schließt. Sollte sich nämlich zeigen - worauf im folgenden noch einzugehen sein wird - ,daß die wirksame Verwertung

38) Lücke JZ 1957, 242; Amend 11.

einer gepfändeten Sache nicht von einer Verwertungsgrundlage abhängt, so ist der Einwand Lükes nicht mehr stichhaltig. - Letzten Endes setzt also Lüke genauso wie Rosenberg voraus, was zu beweisen ist.³⁹⁾

Lüke meint, für die öffentlich-rechtliche Pfandrechts-
rechtstheorie einen Anhaltspunkt in § 233 BGB zu finden⁴⁰⁾.
Nach dieser Bestimmung hat die Hinterlegung zur Folge,
daß zugunsten des Berechtigten an hinterlegtem Geld oder
hinterlegten Wertpapieren ein Pfandrecht entsteht; falls
Geld oder Wertpapiere in das Eigentum des Staates über-
gegangen sind, bezieht sich das Pfandrecht auf die
Forderung des Hinterlegers auf Rückerstattung. Lüke be-
hauptet nun, der Berechtigte erwerbe bei § 233 BGB
immer ein Pfandrecht, ohne daß es auf guten oder bösen
Glauben ankomme. Wenn Lüke diese Ansicht mit einem
Hinweis auf den Wortlaut der Bestimmung untermauert,
so übersieht er, daß sich aus dem Wortlaut kein eindeu-
tiger Schluß ziehen läßt⁴¹⁾. Im übrigen verkennt Lüke
aber, wie sehr die Frage umstritten ist.⁴²⁾ Immerhin mag

39) Vgl. unten S.62 Note 46.

40) JZ 1957, 243.

41) Wenn der Wortlaut des § 233 BGB apodiktisch ist,
so nicht mehr und nicht weniger als auch § 804 I ZPO.

42) Im wesentlichen bestehen zu § 233 BGB drei Meinungen.
Darkow JR 1956, 337 f, RGRK § 233 Bem.1;
Planck-Knoke, 4.Aufl. § 233 Bem.2, behaupten, das
gesetzliche Pfandrecht entstehe immer. - Eine
andere Meinung geht dahin, daß es auf den guten
Glauben nach §§ 1257, 1207 BGB ankomme: Palandt-
Danckelmann § 233 Bem.1; Staudinger-Coing § 233
Bem.1. - Schließlich lehrt eine dritte Auffassung,
bei Geldhinterlegungen entstehe das Pfandrecht
in jedem Fall, bei Sachhinterlegungen sei dagegen
§ 1207 BGB anwendbar: Erman-Hefermehl § 233 Bem.3;
Soergel-Siebert § 233 Bem.3, 6;
Enneccerus-Nipperdey 1465 Note 13, 14;
Schlegelberger-Hefermehl § 233 RndNr.4. - Die
innere Verwandtschaft des § 233 BGB mit der
Problematik des Pfändungspfandrechts wird vom
BGB-Schrifttum durchweg übersehen. Am richtigsten
dürfte wohl sein, daß - wie bei allen gesetzlichen
Pfandrechten des BGB - ein Gutgläubenserwerb nicht
in Frage kommt. Vgl. BGHZ 34, 122 ff, 153 ff. Bei
fehlendem Eigentum des Hinterlegers würde dann
auch kein Pfandrecht entstehen.

ihm zugestanden werden, daß die Probleme des § 233 BGB der Problematik des Pfändungspfandrechts ganz parallel gelagert sind, zumal in beiden Fällen das Pfandrecht aus einem öffentlich-rechtlichen Tatbestand folgt. Doch dürfte § 233 BGB schwerlich in der Lage sein, ein überzeugendes Argument für das Pfändungspfandrecht herzugeben. Lücke operiert mit einer *petitio principii*, indem er das, was er für das Pfändungspfandrecht beweisen möchte, in den ähnlich liegenden Fall des § 233 BGB hineinlegt, um es anschließend wieder als Ergebnis für das Pfändungspfandrecht abzuleiten.

Damit hat sich bisher lediglich ergeben, daß der Wortlaut des Gesetzes für keine der Ansichten über das Pfändungspfandrecht letztlich zwingende Schlüsse zuläßt. Zu fragen ist nun, ob sich Anhaltspunkte in der einen oder anderen Richtung aus der Entstehungsgeschichte der ZPO ergeben.

§ 3 Die Materialien der ZPO

1. Im Schrifttum ist schon oft die Frage aufgeworfen worden, welche Vorstellungen wohl dem Gesetzgeber der ZPO bei der Einführung eines Pfändungspfandrechts vorgeschwebt haben mögen. Im großen und ganzen gelangen die Untersuchungen über die Gesetzesmaterialien zu dem Ergebnis, daß die Verfasser der ZPO von einem privatrechtlichen Pfandrecht ausgegangen sind¹⁾.

Das kann in der Tat nicht zweifelhaft sein. So enthalten die Motive²⁾ den Satz, das Pfandrecht sei nach dem Entwurf als Faustpfand konstruiert. Im Hinblick auf die bestehende Verschiedenheit der Partikularrechte wird gesagt: "Auf das Pfand, welches durch den Akt der Pfändung konstituiert wird, kommen die in den einzelnen Rechtsgebieten rücksichtlich des Pfandrechts geltenden Rechtsnormen zur Anwendung"²⁾. Das alles macht deutlich, daß das Pfändungspfandrecht nicht nur in einzelnen Beziehungen dem zivilrechtlichen Pfandrecht gleichgestellt werden sollte, sondern auch als wesensgleich verstanden wurde. Selbst Lücke erkennt an, daß der Gesetzgeber mit Sicherheit nicht an ein publizistisches Pfandrecht gedacht hat³⁾.

2. Mit dieser Feststellung geben sich die Anhänger der öffentlich-rechtlichen Lehre allerdings nicht zufrieden. Sie berufen sich vielmehr auf eine - aus der Entstehungsgeschichte ersichtliche - Konzeption des Gesetzgebers, welche bewußt das Pfändungspfandrecht zur Grundlage der weiteren Zwangsvollstreckung erheben wollte. Von dieser Position aus glaubt vor allem Lücke, die Hinweise der Vertreter der herrschenden Lehre entkräften zu können⁴⁾. Der nur vordergründigen Ansicht des Gesetzgebers über das Wesen des Pfändungspfandrechts, mit welcher sich die Anhänger der gemischt-rechtlichen Theorie begnügen, stellt Lücke eine auf der "eigentlichen"

1) Vgl. z.B. Herb.Schmidt 22; Falkmann 620; Kaufmann 30 f.

2) Hahn 450.

3) Lücke JZ 1957, 242.

4) Vgl. JZ 1957, 241, 242; Öfftr.Theorie 16,20; ebenso Amend 9 f. 13.

Absicht des Gesetzgebers beruhende Konstruktion gegenüber, in welcher das Pfandrecht einen für das weitere Verfahren sehr bedeutsamen Platz einnimmt. Die öffentlich-rechtliche Theorie kann daher - nach Lücke - größere Gesetzestreue für sich in Anspruch nehmen als die gemischt-rechtliche Ansicht. Dem liegt der Gedanke zugrunde, daß zum Wesen des privatrechtlichen Pfandrechts die Verwertungsbefugnis gehört. Da ein privates Pfandrecht aber nicht Grundlage einer öffentlich-rechtlichen Verwertung sein kann, wird man nach Lückes Ansicht der wahren Absicht des Gesetzgebers nur dann gerecht, wenn man das Pfändungspfandrecht der "modernen Auffassung der Zwangsvollstreckung" anpaßt und es demgemäß als öffentlich rechtlich ansieht.

3. Damit stellt sich die Frage, warum der Gesetzgeber überhaupt ein Pfändungspfandrecht eingeführt hat. Die Erwägungen, die in den Materialien der ZPO einen Niederschlag gefunden haben, sind schon deswegen von Interesse, weil die meisten Partikularrechte kein Pfändungspfandrecht kannten. Insbesondere war es dem preußischen und dem französischen Recht fremd⁵⁾. Im Gemeinen Recht herrschte Uneinigkeit darüber, ob das "pignus in causa iudicati captum" als wirkliches Pfandrecht anzusprechen sei⁶⁾. Ein Pfändungspfandrecht war hingegen dem sächsischen und dem hessischen Vollstreckungsrecht bekannt⁷⁾.

Bereits der Entwurf der ZPO sah in § 658 ein Pfändungspfandrecht vor. In der Begründung heißt es: "Für die Zwecke der Prozeßordnung kommt es auf die Feststellung des Verhältnisses des Gläubigers, für welchen die Pfändung erfolgt ist, zu den anderen Gläubigern desselben Schuldners an"⁸⁾. Die Verfasser der ZPO erkannten zwar an, daß es ideal sei, wenn kein Gläubiger vor dem anderen bevorzugt werde; jedoch sei in Wirklichkeit eine Gleichheit der Gläubiger nicht vorhanden.

5) Zum System des französischen Prozeßrechts vgl. die rechtsvergleichende Darstellung von Fragistas 32 ff.

6) Vgl. hierzu bes. Hahn 448 ff; Demelius 35; Fleischmann, Das pignus in causa iudicati captum, 1896; Glaserapp Gruch 24, 246 ff; Hellwig 92 ff.

7) Eine Übersicht der partikularen Gesetze befindet sich im 3. Bd. der Motive zum BGB S. 796 Note 1.

8) Hahn 449.

Daher glaubte der Gesetzgeber - in Abweichung vom französischen Recht - eine bessere Lösung im Prioritätsgrundsatz zu finden. Der erstpfändende Gläubiger sollte den Vorzug gegenüber später pfändenden anderen Gläubigern und ein Absonderungsrecht im Konkurs erhalten⁹⁾. Dabei waren die Verfasser der ZPO der Ansicht, eine solche Bevorzugung und klare Verhältnisse bei Konkurrenz von mehreren Gläubigern ließen sich allein durch die Einrichtung eines Pfändungspfandrechts erreichen - eine Hypothese, welche später durch das ZVG widerlegt wurde¹⁰⁾. Auch ohne Pfandrecht wäre also eine Privilegierung des ersten Zugriffs möglich gewesen¹¹⁾, über deren innere Berechtigung man übrigens durchaus geteilter Meinung sein kann. - Wie dem auch sei, sicher ist jedenfalls, daß nach der Konzeption des Entwurfes der Gläubiger auf Grund des Pfändungspfandrechts Befriedigung erhalten sollte. Denn § 658 Abs.2 Satz 1 des Entwurfes bestimmte ausdrücklich: "Kraft dieses Pfandrechts kann der Gläubiger aus dem gepfändeten Gegenstande seine Befriedigung vor anderen Gläubigern des Schuldners verlangen"¹²⁾. Der heutige § 804 Abs.2 ZPO erhielt seine endgültige Fassung dann erst während der ersten Lesung auf Grund eines Antrages des Abgeordneten Struckmann¹³⁾. Die von dem Abgeordneten vorgeschlagene Formulierung: "Das Pfandrecht gewährt dieselben Rechte ... wie ein Faustpfandrecht" - sollte jedoch gegenüber § 658 Abs.2 Satz 1 des Entwurfes keine Neuerung darstellen. Zweck des Antrages war es vielmehr, den Gedanken des Faustpfandes noch stärker hervorzukehren¹⁴⁾. - Damit scheint ein Beweis für die Richtigkeit von Lükes Behauptung erbracht zu sein, der Gesetzgeber habe nach seiner Konzeption das Pfändungspfandrecht als Grundlage der Pfandverwertung angesehen¹⁵⁾.

9) Hahn 449, 825 f.

10) Es gibt allerdings vereinzelte Stimmen im Schrifttum, welche dem Beschlagnahmeverrecht des ZVG einen hypothekenähnlichen Charakter zuweisen - z.B. Herb. Schmidt, bes. 41.

11) Vgl. auch Martin 108.

12) Hahn 450. - Der Wortlaut des § 658 Abs.2 S.1 des E läßt sich zurückführen auf § 645 Abs.2 Satz 1 des E 1872, § 966 Abs.2 S.1 des E für den Norddeutschen Bund von 1870 und § 625 Abs.2 S.1 des E des preußischen Justizministeriums von 1871.

4. Eine weitere Tatsache verstärkt sogar noch diesen Eindruck. Bei den Beratungen über das Pfandrecht wurde ein für den heutigen Theorienstreit sehr wesentlicher Punkt berührt. Der Abgeordnete Grimm, der sich grundsätzlich gegen die Einführung eines Pfändungspfandrechts wandte, erklärte in einer der Sitzungen der Kommission (während der 1.Lesung): Die neuere Wissenschaft spreche sich gegen das Pfandrecht auf Grund der Pfändung aus; sie leite die Verkaufsbefugnis nicht aus einem Pfandrecht, sondern aus der öffentlichen Gewalt des Richters her¹⁶⁾. - Hier wurde tatsächlich also etwas angedeutet, was in der Dogmatik der Zwangsvollstreckung erst viel später wieder lebendig werden sollte; denn erst Stein war es, der die Verwertungsgrundlage nicht mehr im Pfandrecht, sondern in der hoheitlichen Verstrickung sah.

Aus der Ablehnung jener Ansicht des Abgeordneten Grimm durch die Kommission¹⁷⁾ könnte nun gefolgert werden, der Gesetzgeber habe damit auch gerade die Grundanschauung der heute herrschenden Meinung verdammen wollen¹⁸⁾. Der Schluß erscheint zunächst berechtigt. Jedoch ergeben sich Zweifel an der Richtigkeit von Lükes Argument aus einer ganz anderen Richtung.

13) Vgl.Hahn 936, 825, 827.

14) Hahn 827.

15) Es ist daher ein offensichtlicher Irrtum, wenn gesagt wird (Fries 31), aus der Entstehungsgeschichte der ZPO gehe die "lediglich beiwerkartige Natur" des Pfändungspfandrechts hervor. Ebenso falsch dürfte es sein, wenn Weidmann 17 behauptet, der Gesetzgeber habe dem Gläubiger kein wirkliches Pfandrecht mit Verwertungsrecht geben wollen. Im Gegenteil! Der Gesetzgeber nahm solches als selbstverständlich an.

16) Hahn 825. Die Äußerung bezieht sich vermutlich auf v.Meibom AcP 52, 310 f. - Der Abg.Grimm wollte dem § 658 Abs.1 des E folgende Fassung geben: "Durch die Pfändung erwirbt der Gläubiger kein Pfandrecht an dem gepfändeten Gegenstände". Abs.2 und 3 sollten entfallen.

17) Vgl. die Ausführungen der Abg.Gaupp, Bähr u.Reichsperger sowie von Amsberg. Hahn 826 f.

18) Ein Einwand, den sich insb. Stein (vgl.S.61) hätte machen müssen.

Einen Hinweis bieten Gedanken des Abgeordneten Struckmann¹⁹⁾. Der Gläubiger, welcher auf Grund eines vollstreckbaren Urteils an Stücken aus dem Vermögen des Schuldners zu seiner Sicherung Besitz ergreife, müsse in derselben Lage sein wie der Faustpfandgläubiger, welchem jenes Recht durch Vertrag eingeräumt sei ; der Vertrag werde hier durch das richterliche Urteil ersetzt.

Die Ausführungen beleuchten recht gut, daß der Abgeordnete sich kein klares Bild darüber gemacht hat, wie das Pfändungspfandrecht entstehen soll. Die gesamten Materialien der ZPO geben aber auch keinen Hinweis auf eine **klare** begriffliche Trennung von Pfändung und Pfandrecht²⁰⁾. Es bedurfte einer langen Entwicklung, bis man erkannte, daß es sich bei Pfändung und Verwertung um hoheitliche Akte und nicht um Maßnahmen des Gläubigers handelt. In der Rechtsprechung hat es dann noch lange gedauert, bis sich endlich die neue Erkenntnis durchsetzte.

Niemand wird dem Gesetzgeber aus der Unklarheit seiner Konstruktion einen Vorwurf machen²¹⁾. Denn auch

19) Hahn 827.

20) Vgl. Hahn 448 ff. Einen ersten Ansatz in dieser Richtung zeigen dagegen die Motive zum BGB Bd.3, 797: " Das Pfändungspfandrecht ist in gewissem Sinne auch ein gesetzliches Pfandrecht mit der Eigenthümlichkeit, daß ein Akt öffentlich-rechtlicher Natur nach Maßgabe der Vorschriften der Verfahrensgesetze das Pfandrecht begründet."

21) Fraglich erscheint die These von Amend 10, daß der Gesetzgeber für eine andere dogmatische Entwicklung bewußt einen gewissen Spielraum habe einräumen wollen. - Die Stellungnahme des Gesetzgebers ist in sich unklar; es sollte aber nichts offen gelassen werden. - Die Motive zum BGB Bd.3, 797 verraten dagegen eine ausgesprochene Vorsicht bezüglich des Pfändungspfandrechts: " Bei der inneren Verschiedenheit des zur Begründung verlangten Tatbestandes wird eine aushülfswise Heranziehung der Vorschriften über die rechtsgeschäftliche Begründung kaum in irgendeinem Punkte gerechtfertigt sein. Anders liegt die Sache, was den Inhalt des Pfandrechts betrifft; doch bleibt auch hier im Einzelnen zu prüfen, inwieweit die Prozeßgesetze und die Gesetze, welche ein gesetzliches Pfandrecht gewähren, für die Anwendung der Vorschriften des Entwurfes Raum lassen". Auf diese Stelle stützt sich - sehr fraglich, ob mit Recht - auch Bunsen ArchBürgR 29,28. Vgl. weiterhin auch Martin 103/104.

er kann kaum der Dogmatik seiner Zeit weit vorausseilen. Das hindert aber nicht festzustellen, daß die Vorstellungen des Gesetzgebers mit Klärung der öffentlich-rechtlichen Natur der Zwangsvollstreckung weitgehend hinfällig geworden sind. Die Grundanschauung vom Wesen der Vollstreckung gibt erst den Rahmen ab, in welchem das Pfändungspfandrecht seinen Platz einnehmen kann. Wird nachträglich aber ein völlig neuer Rahmen geschaffen, so muß das bis dahin Konzipierte notwendig aus dem Gleichgewicht geraten. Daraus folgt dann aber auch, daß es heute nicht mehr zulässig ist, im Streit um die Wesensbestimmung des Pfändungspfandrechts unbezogen auf die Materialien zurückzugreifen²²⁾. Es bedarf also gar nicht des Hinweises auf die generelle Unverbindlichkeit gesetzgeberischer Motivationen, die im Gesetz dann keinen Niederschlag gefunden haben.

22) Energiebig sind schließlich auch die Materialien der RAO vom 13.12.1919. Der Entwurf ist mit seiner Begründung abgedruckt im 338.Bd.der Stenografischen Berichte über die Verhandlungen des Reichstages (Verhandlungen d.Verfassungsgebenden Deutschen Nationalversammlung), Drucksache Nr.759, S.535 ff. § 315 des E übernimmt die Regelung des § 804 ZPO. Die Begründung beschränkt sich auf die knappe Bemerkung (S.597), das Zwangsverfahren sei entsprechend den Vorschriften der ZPO gestaltet. Zugrundegelegt seien i.w. die Vorschriften der preußischen Verordnung v.15.11.1899. Diese Verordnung, die ihrerseits wieder auf den Vorschriften der ZPO beruht, habe sich bewährt. - Auch in den Beratungen des 11. Ausschusses scheint die Problematik des Pfändungspfandrechts nicht weiter berührt worden zu sein. Siehe dazu den Bericht des Abg.Schneider (Franken) Bd.339, Drucksache Nr.1460, S.1386 ff (1407). Der Ausschuß hatte an § 315 lediglich eine unbedeutende redaktionelle Änderung vorgenommen (vgl.S.1476). Vgl.ferner die Protokolle der 117. und 120.Sitzung der Nationalversammlung (Bd.331, S.3722, 3823). - Nichtssagend auch die Begründung zu § 5 des E eines Verwaltungsvollstreckungsgesetzes. Vgl. Verhandlungen des Deutschen Bundestages, I. Wahlperiode 1949, Anlagen-Bd.21, Drucksache Nr.3981, S.8.

5. Immerhin ist auch zutage getreten, daß der Streit um die Rechtsnatur des Pfändungspfandrechts nicht zuletzt auf die Unzulänglichkeit der gesetzgeberischen Vorstellungen zurückzuführen ist. Indem der Wortlaut der einzelnen Bestimmungen verschiedene Auslegungsmöglichkeiten zuläßt, zeigt sich freilich auch, daß das Gesetz in seiner Selbstbescheidung klüger gewesen ist als der Gesetzgeber²³⁾. Es hat einer späteren Entwicklung nicht die Wege verbaut. - Das Problem besteht nun nicht etwa darin, der "erkennbaren" Konzeption des Gesetzgebers der ZPO wieder auf die Beine zu helfen, um an ihr - letzten Endes aus falscher Pietät - mit einigen Berichtigungen wieder festhalten zu können. Der Vorwurf mangelnder Gesetzestreue, den Lüke²⁴⁾ gegenüber der gemischt-rechtlichen Auffassung versteckt anklingen läßt, weil sie an der im Gesetz nicht einmal erwähnten Verstrickung anknüpft, trifft nicht den Kern der Sache. Im folgenden wird es vielmehr notwendig sein, immer wieder von der kritischen Frage auszugehen: Wie ist ein privatrechtliches, wie ist ein öffentlich-rechtliches Pfandrecht möglich? Es gilt also, die dogmatischen Voraussetzungen der Theorien über das Pfändungspfandrecht zu klären. Dabei zeichnen sich vorerst drei große Problemkreise ab: (1.) Die Frage nach der Verwertungsgrundlage (§§ 4 und 5), (2.) der Zweck des Pfändungspfandrechts (§ 6) und schließlich (3.) das Verhältnis des Pfandrechts zum öffentlich-rechtlichen System des Zwangsvollstreckungsverfahrens (§§ 7 und 8).

23) Vgl. Radbruch, Rechtsphilosophie, 6. Aufl. 1963, S. 211.

24) Siehe S. 22 Note 4.

§ 4 Die Frage nach der Verwertungsgrundlage

1. Die bisherigen Untersuchungen haben bereits erkennen lassen, daß für das Pfändungspfandrecht die Frage sehr bedeutsam ist, in welcher Beziehung es zur späteren Verwertung des Pfandgegenstandes steht. Sieht man das Pfändungspfandrecht als Verwertungsgrundlage an, so ergibt sich daraus eine wichtige Folge: Damit eine wirklich tragfähige Verwertungsgrundlage vorhanden ist, muß möglichst mit jeder Pfändung ein Pfandrecht entstehen, das nun seinerseits eine wirksame Verwertung zu verbürgen vermag. Eine solche Notwendigkeit besteht hingegen nicht, wenn man im Anschluß an Stein eine wirksame Pfandverwertung allein von der Verstrickung abhängig macht. Das Pfändungspfandrecht genießt dann eine gewisse Selbständigkeit. Nicht jede Pfändung muß ein Pfandrecht entstehen lassen. Ohne daß ein Pfandrecht bestanden hat, kann die Pfandverwertung wirksam sein, da sie sich allein auf das durch die Pfändung begründete hoheitliche Herrschaftsverhältnis stützt. Stein hat das mit den Worten ausgedrückt: "Alle der Pfändung nachfolgenden Akte beruhen nicht auf dem Pfandrecht, sondern auf der Pfändung. Anders ausgedrückt: Die Verwertung ... ist nicht die von Gegenständen eines Pfandrechts, sondern die von gepfändeten Gegenständen."¹⁾

Damit ist die - je nach Ausgangspunkt - völlig verschiedene Bedeutung des Pfändungspfandrechts für die Pfandverwertung aufgezeigt. Aus der Frage nach der Verwertungsgrundlage können sich daher wesentliche Folgerungen für die Rechtsnatur des Pfändungspfandrechts ergeben.

2. Im heutigen Meinungsstreit über das Pfändungspfandrecht sieht man entweder die Verstrickung oder aber ein publizistisches Pfandrecht als Verwertungsgrundlage

1) Stein 56. - In der älteren Literatur finden sich Lehrmeinungen, welche sowohl die Pfändung als auch das regelmäßig dabei entstehende private Pfandrecht zur Vollstreckungsgrundlage machen wollen - z.B. Smoira 67. Das ist heute überholt.

an. Die Vertreter der gemischt-rechtlichen und der öffentlich-rechtlichen Theorie stimmen somit bei aller Gegensätzlichkeit ihrer Anschauungen insofern überein, als beide von einer öffentlich-rechtlichen Verwertungsgrundlage ausgehen. Das hängt damit zusammen, daß beide den öffentlich-rechtlichen Charakter der Pfandverwertung als selbstverständlich ansehen. Damit steht aber auch fest, daß die Alternative: Verstrickung oder öffentlich-rechtliches Pfandrecht - nur dann richtig gestellt ist, wenn die Verwertung durch den Gerichtsvollzieher nichts mit einer Pfandveräußerung im Sinne der §§ 1233 ff BGB gemein hat. Denn für eine privatrechtliche Pfandveräußerung wäre eine publizistische Verwertungsgrundlage ein Unding. Zwar betrachtet die weitaus herrschende Meinung die Veräußerung der gepfändeten Sache und die Befriedigung des Gläubigers als dem öffentlichen Recht angehörig²⁾. Jedoch sind vor allem von Börger³⁾ so erhebliche Einwände erhoben worden, die bislang keine oder kaum Beachtung gefunden haben, daß es sich lohnt, darauf einzugehen⁴⁾. Bevor wir uns also den Argumenten Lükes zuwenden, ist es notwendig, die Frage nach der Verwertungsgrundlage gegen Einwände der Gegner einer hoheitlichen Pfandverwertung abzusichern.

3. Rechtsprechung und herrschende Lehre bemühen sich, ihre Auffassung von der Verwertung aus dem "Wesen der Zwangsvollstreckung" zu begründen^{5) 6)}. Die Frage ist, inwieweit die grundsätzlich hoheitliche Stellung des Gerichtsvollziehers schon die Annahme verbietet, daß

- 2) Wohl als erster hat Hassenpflug (1888!) eine öffentlich-rechtliche Pfandverwertung vertreten; Gruch 32, 91 ff. Siehe auch Freund 33 ff.
- 3) Börger 18 ff; vgl. auch Pagenstecher, Prozeßprobleme 14 f; Gruch 54, 274 ff; Wolff 468, 643 Note 2; Wolff-Raiser 701 Note 7; Spohr 17; Goldschmidt, Prozeßrecht 343; Falkmann 718.
- 4) Zur Übersicht über die verschiedenen Meinungen von der Verwertung vgl. die ausführlichen Darstellungen von Friedr. Kaufmann, Die rechtliche Natur der Verwertung gepfändeter Sachen; Herb. Schmidt 121 ff und Vogel 99 ff. Im Rahmen dieser Arbeit muß auf Vollständigkeit verzichtet werden.

seine Handlungen wenigstens teilweise dem Gläubiger zuzurechnen sind, insbesondere die Verwertung in Vertretung des Gläubigers erfolgen kann⁷⁾. Der durchschlagende Beweis für die öffentlich-rechtliche Natur der Versteigerung läßt sich nur dann führen, wenn dargelegt wird, daß die Pfandverwertung einen zwangsmäßigen Eingriff in fremde Rechte darstellt⁸⁾. - Bürger, der den Zwangscharakter der Pfändung nicht in Frage stellt, hält dem Argument Schwinges⁹⁾, die Versteigerung sei Weiterentwicklung der Pfändung - also auch selbst Zwangsmaßnahme - entgegen, die Aufgabe des Staates beschränke sich darauf, dem Gläubiger nur so weitgehend "durch Einsatz staatlicher Mittel zu helfen, als dieser sein Recht wegen des Selbsthilfeverbots nicht allein durchsetzen kann"¹⁰⁾. Daher sei der Staat nicht zur Verwirklichung des Gläubigerrechts, sondern nur zur Beseitigung von Widerständen verpflichtet. Es genüge, wenn der Staat durch einmaligen Zwangsakt, die Pfändung, den Gläubiger in die Lage versetze, auf Grund des Pfandrechts die Sache zu verwerten und sich kraft eigener Machtvollkommenheit Befriedigung zu verschaffen. "Der Staat wendet die hoheitliche Gewalt besonders im Interesse Privater an sich schon sparsam an. Sie soll immer das letzte Mittel sein, wenn andere Möglichkeiten versagen."

-
- 5) RGZ 156, 395 (397); RFH 22, 130 (134); vgl.dorts. 133 auch die Ausführungen des Reichsfinanzministers; LG Dresden JW 1939, 119.
- 6) Ein Trugschluß liegt jedoch der Beweisführung von Seuffert-Walsmann § 814 Bem.2 zugrunde: Daß Verwertungsgrundlage nicht das Pfandrecht sein kann, zeige sich darin, daß die Veräußerung in derselben Weise vor sich geht und mit voller Wirksamkeit durchgeführt wird, wenn ein gültiges Pfandrecht nicht entstanden ist. Hier wird vorausgesetzt, was bewiesen werden soll.
- 7) Dieser Auffassung sind Bürger 22 ff; Spohr 17 ff; Smoira 77; Eckstein ZZP 39, 459, 465 f.
- 8) so richtig auch Bürger 24.
- 9) Schwinge 108; ähnlich Wolfg.Hein, Duldung 142; Stein-Jonas § 814 Bem.I; Lüke, Öfftr.Theorie 57.
- 10) Bürger 25.

4. Auch Börger fragt also nach der Rolle des Staates in der Zwangsvollstreckung. Von ihr hängt ganz offenbar die Problematik des Verwertungsvorganges ab.

Auf Binding geht **die Erkenntnis zurück, daß nach** geltendem Recht im Vollstreckungsverfahren der Staat allein das Recht zum Zwang besitzt, dem Gläubiger hingegen bestenfalls ein Recht auf Zwang zukommt¹¹⁾. Die Lehre vom Rechtszwang war für Stein von großer Bedeutung, wird aber auch heute nicht grundsätzlich in Frage gestellt¹²⁾; auch Börger hält an ihr fest. Die Lehre von Binding soll daher auch für das folgende zugrunde gelegt werden.

Das Verwaltungsrecht kennt drei Arten der Zwangs-anwendung: Zwangsgeld, Ersatzvornahme und unmittelbaren Zwang. Oft ist im Schrifttum übersehen worden, daß alle drei Formen auch in der ZPO beheimatet sind¹³⁾. Die herrschende Lehre konstruiert Pfändung und Pfandverwertung als unmittelbare Zwangsanwendung. Demgegenüber glaubt Börger, mit dem einmaligen unmittelbaren Zwangsakt der Pfändung auskommen zu können. Ein Irrtum liegt jedoch in der Annahme, der zivilrechtlichen Pfandveräußerung durch den Gläubiger hafte dann nicht mehr das Odium der Gewaltanwendung an. Börger verkennt folgendes¹⁴⁾: Wenn der Staat dem Gläubiger ein privates Pfandrecht verleiht, so kann man das - bei Annahme einer privatrechtlichen Pfandverwertung - nur so verstehen, daß der Staat den Gläubiger dazu ermächtigt, sich aus dem Pfandgegenstand (durch privatrechtliche Handlungen) Befriedigung zu verschaffen. Darin müßte dann aber eine

11) Normen I, 3. Aufl. 1916, 483 ff, 486.

12) am ausführlichsten: Bernhardt, Vollstreckungsgewalt und Amtsbetrieb, 1935. Ferner: Stein 5, 7, 61 f; Geib 70 ff, 88; Müller 42 ff; Schwinge 5 ff; Hellwig, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, Bd. II 1907, S. 108 f; Hellwig-Oertmann, System II 140 f; Rosenberg 884; Lent-Jauernig 2; Schönke-Baur 1; Weismann II 7; Kaufmann 18; Fangmann 3 ff; Herb. Schmidt 1, 126; Kelleter 17 ff; Gehring 20. Vgl. auch RGZ 128, 81 (85). Zweifeln allerdings Bettermann 31 f. Bzgl. der Gegner dieser Auffassung vgl. die Literaturnachweise bei Bernhardt 12 Note 2.

13) Darauf weist treffend Bettermann 29 hin.

14) ebenso falsch Spohr 18.

Ermächtigung zur Ersatzvornahme liegen¹⁵⁾; denn der Staat würde dem Gläubiger kraft seiner Hoheitsgewalt das Recht geben, Verfügungen über das Eigentum des Schuldners zu treffen, die sonst nur der Schuldner selbst vornehmen könnte¹⁶⁾. Börgers Auffassung unterscheidet sich also von der herrschenden Meinung in Wahrheit schon darin, daß bei ihm die Pfändung einen janusköpfigen Zwangscharakter erhält: Die Pfändung ist einerseits Anwendung unmittelbaren Zwangs (Begründung der Verstrickung), zum anderen auch Ermächtigung zur Ersatzvornahme (Begründung des Pfandrechts). - Wer hingegen die Verwertung als öffentlich-rechtlich ansieht, kann folgerichtig das Pfandrecht nicht als Ermächtigung zur Verwertung verstehen, sondern konstruiert Verstrickung und Verwertung jeweils als einfache Betätigung unmittelbarer Zwangsgewalt. Fügt sich aber auch eine privatrechtliche Zwangsversteigerung unter dem Gesichtspunkt der Ersatzvornahme in das System der staatlichen Zwangsanwendung ein, so ist damit erwiesen, daß Börgers Argument von der Sparsamkeit der Betätigung hoheitlicher Gewalt nicht haltbar ist. Denn ihrem Umfang nach ist sie dieselbe, nur die Form der Anwendung wäre eine verschiedene.

Als weiteres Ergebnis folgt daraus allerdings auch, daß der von der herrschenden Meinung immer wieder vorgebrachte Hinweis nicht durchschlägt, es stehe in unvereinbarem Widerspruch zum Dogma vom staatlichen Zwangsmonopol, wenn sich ein Teil der Vollstreckung in privat-

- 15) Das verkennt auch der Einwand Steins (S.61 f), mit-
ten in der Vollstreckung könne sich das Recht des
Gläubigers auf staatlichen Zwang nicht in ein Recht
zum Zwang verwandeln. Ebenso Herb.Schmidt 126; Lüke,
Öfftr.Theorie 57. Börgers 27 bemerkt dazu, das Recht
zur Verwertung sei kein Zwang. Das ist ebenfalls
unrichtig.
- 16) Eine solche Ermächtigung zur Pfandverwertung wäre der
Ermächtigung nach § 887 und der Einziehungsermächtigung
nach § 835 Abs.1 ZPO vergleichbar. - Die Möglich-
keit privatrechtlicher Ausgestaltung des Zwangs über-
sieht auch die Formulierung von Schönke-Baur 4, die
Zwangsvollstreckung gehöre in allen ihren Teilen dem
öffentlichen Recht an (unter Berufung auf RGZ 128, 81,
85). Ebenso Herb.Schmidt 1 mit weiteren Lit.Nachw.

rechtlicher Form abspiele; der Staat habe nicht nur die Pflicht, dem Gläubiger ein Pfandrecht, sondern auch das Geld zu verschaffen, welches der Gläubiger vom Schuldner verlangen könne¹⁷⁾. Schon Hassenpflug¹⁸⁾ hat sich auf den Gedanken gestützt: Weil die Zwangsvollstreckung die zwangsweise Befriedigung des Gläubigers bezwecke und der Staat die Rechtspflicht dazu übernommen habe, könne das gesamte, diesem Zwecke dienende Eingreifen der Staatsgewalt nur als Zwangsmaßnahme aufgefaßt werden¹⁹⁾. Das geht am eigentlichen Kern der Sache vorbei. Denn auch eine privatrechtliche Versteigerung durch den Gerichtsvollzieher würde unter dem Zeichen staatlicher **Zwangsbetätigung** stehen. Insofern sind also die Anhänger der herrschenden Meinung genau dem gleichen Fehler wie Börger erlegen. - Damit steht fest, daß sich die entscheidenden Gesichtspunkte für die Frage nach der Rechtsnatur der Pfandverwertung kaum aus mehr oder weniger unklaren Vorstellungen vom "Wesen der Zwangsvollstreckung" ableiten lassen²⁰⁾. Entscheidend sind vielmehr Gesichtspunkte mehr praktischer Art.

5. Die Vertreter einer öffentlich-rechtlichen Pfandverwertung können mit Recht die Einfachheit ihrer Konstruktion als Argument ins Feld führen. Demgegenüber erweckt eine privatrechtliche Pfandveräußerung durch den Gerichtsvollzieher den Eindruck künstlicher Kompliziertheit: Es ist nicht einzusehen, warum der Staat - wie es die Anhänger der privatrechtlichen Auffassung annehmen müssen - zunächst dem Gläubiger die Ermächtigung zur Ersatzvornahme erteilt, um ihn dann wieder an einen

17) Vgl. dazu RGZ 156, 395 (398); Stein 61 f; Herb. Schmidt 126 Sigrist 49 f; Lüke JZ 1957, 240; Öfftr. Theorie 13, 57; Vogel 101. Ähnliche Gedanken hat auch schon v. Meibom AcP 52, 311 geäußert.

18) Hassenpflug, Gruch 32, 93 ff.

19) Die Gegenargumente von Börger 25 überzeugen aber auch nicht.

20) Ebenso geht auch Lükess Gedanke fehl (Öfftr. Theorie 59 f), dem Gläubiger komme es darauf an, die ihm gebührende Leistung möglichst schnell und sicher zu erhalten. Nicht weniger schnell und sicher kann auch eine privatrechtliche Verwertung zur Befriedigung des Gläubigers führen, zumal sie sich von einer öffentlich-rechtlichen Pfandverwertung durch nichts in ihrer äußeren Erscheinung unterscheidet.

Beamten zu verweisen, damit dieser - unter der Figur der gesetzlichen Stellvertretung zivilrechtlich handelnd - das Recht des Gläubigers ausüben kann. Wenn man die Einschaltung des Gerichtsvollziehers als bloße Überwachungsmaßnahme des Staates zur Wahrung der Belange des Schuldners wertet, wie es Bürger tut, will das jedenfalls nicht überzeugen²¹⁾. Einfacher und einleuchtender ist es da, den Gedanken an die Ersatzvornahme zu verwerfen und den Gerichtsvollzieher unmittelbaren Zwang anwenden zu lassen. Denn Zwangsanwendung ist die Verwertung auf jeden Fall; unmittelbarer Zwang und hoheitliches Handeln sind in der Vollstreckung sowieso die Regel. - Zu berücksichtigen ist ferner auch, daß eine privatrechtliche Pfandveräußerung im Verfahren der Verwaltungsvollstreckung und der Steuerbeitreibung ein merkwürdiger Fremdkörper wäre. Ihrem Wesen nach unterscheidet sich aber die Vollstreckung durch eine Verwaltungsbehörde nicht von der Vollstreckung durch den Gerichtsvollzieher.

Die Annahme einer öffentlich-rechtlichen Pfandverwertung findet schließlich eine gewisse Stütze in der Tatsache, daß die §§ 814 ff ZPO in ihrer Fassung dem preußischen Recht entnommen sind, welches kein Pfändungspfandrecht kannte. Darauf weisen Stein und Herb.Schmidt zutreffend hin²²⁾. Hätte also die ZPO auf ein Pfändungspfandrecht verzichtet, sähe die Verwertung durch den Gerichtsvollzieher um nichts anders aus, sie würde aber unbestreitbar unter Gebrauch unmittelbarer Gewalt erfolgen.

6. Wenn der Wortlaut der §§ 814 ff ZPO keine Hinweise zur Klärung der Rechtsnatur der Akte des Gerichtsvollziehers zu bieten vermag, liegt es nahe, eine Parallele im ZVG zu suchen. In der Tat ist schon oft die Parallele zur Verwertung in der Liegenschaftsvollstreckung ge-

21) Bürger 25; dagegen Lüke, Öfftr.Theorie 61.

22) Stein 60 f; Herb.Schmidt 126.

zogen worden²³⁾, allerdings nicht ohne Widerspruch zu finden²⁴⁾. Der Zuschlag im Zwangsversteigerungsverfahren ist nach ganz allgemeiner Ansicht ein hoheitlicher Akt des Richters²⁵⁾. Er verschafft dem Ersteher des Grundstückes Eigentum, ohne daß es darauf ankommt, wem das Eigentum zuvor zugestanden hat. Das ergibt sich aus § 90 ZVG. Somit liegt es nahe, mit Stein zu folgern: Wenn der Zuschlag in der Immobiliervollstreckung ein Hoheitsakt ist, muß er es auch in der Mobiliervollstreckung sein²⁶⁾. Dem Argument von der Gleichartigkeit der Vollstreckung in bewegliches und unbewegliches Vermögen hält Börger entgegen, die Interessenlage sei in beiden Fällen völlig verschieden. Im Interesse der Beteiligten stehe zwar bei der Verwertung nach dem ZVG der unbedingte Eigentumserwerb des Erstehers; bei der Verwertung eines gepfändeten Gegenstandes durch den Gerichtsvollzieher sei das jedoch anders²⁷⁾. Daher fehlt es nach der Meinung von Börger für eine Analogie aus § 90 ZVG an der notwendigen Grundlage.

Der Hinweis auf die unterschiedliche Interessenlage läßt sich nicht ohne weiteres von der Hand weisen. Auch Bruns macht darauf aufmerksam, daß ein unbedingter Eigentumserwerb eines Bösgläubigen bei der Pfandversteigerung zu offensichtlich unbilligen Ergebnissen führen kann²⁸⁾.

23) Stein 62, 71; Herb. Schmidt 126; Kaufmann 43; Hellwig-Oertmann, System II 322; Fangmann 24; RGZ 156, 395 (399) (ausdrücklich dagegen noch RGZ 126, 21, 24); LG Dresden JW 1939, 119; Lent ZAKDR 1937, 330; Sigris 51.

24) vor allem Börger 34 ff; Hubernagel ZAKDR 1938, 308f; Wolff-Raiser 701 Note 7 (702). Kritisch auch Bruns 91.

25) anders bzgl. der Hypothekenverwertung Eckstein ZZP 40, 77 ff.

26) In diesem Zusammenhang ist allerdings darauf hinzuweisen, daß der Zuschlag nach § 817 ZPO anders als § 90 ZVG noch kein Eigentum auf den Ersteher überträgt. Hinzukommen muß die Übergabe durch den Gerichtsvollzieher. RGZ 156, 395 (398); Stein-Jonas § 817 Bem. IV; Rosenberg 1009; Lent-Jauernig 55 u.a.

27) Börger 38.

28) Bruns 91: "Soll ein sammelwütiger Gläubiger, der beim Schuldner eine diesem in Verwahrung gegebene kostbare Barocktruhe weiß und pfänden läßt, in der Versteigerung Eigentum daran erwerben können, nur weil der Gerichtsvollzieher 'kraft öffentlicher Macht' übereignet?" - Wolff-Raiser 701 Note 7 (702): Das Pathos,

Demgegenüber garantiere das Grundbuch weitgehend für Fehlerfreiheit der Übertragungsakte in der Liegenschaftsvollstreckung. Während das Reichsgericht sich im Anschluß an Stein einseitig auf § 90 ZVG stützt und eine Anwendung des § 1244 BGB auf die Übertragungsakte des Gerichtsvollziehers ablehnt, spricht Bruns sich grundsätzlich für die Anwendbarkeit des § 1244 BGB aus²⁹⁾³⁰⁾. Er nimmt dann allerdings insofern eine Einschränkung vor, als er den Eigentumserwerb des Erstehers nur bei Kenntnis vom Mangel des Pfandrechts ausschließt. Grobe Fahrlässigkeit läßt nach der Ansicht von Bruns bei den komplizierten Verhältnissen der Vollstreckung den Anschluß des Eigentumserwerbes noch nicht als gerechtfertigt erscheinen. Der praktische Unterschied zwischen den Anschauungen von Bruns und Börger ist also in der Tat gar nicht so groß. Wichtig ist allerdings, daß Bruns sich durch die analoge Anwendung des § 1244 BGB nicht gehindert sieht, die gesamte Pfandversteigerung durch den Gerichtsvollzieher dem öffentlichen Recht zuzurechnen. Demgegenüber meint Börger, die Pfandverwertung sei gerade deswegen privatrechtlich, weil anderenfalls § 1244 BGB nicht anwendbar sei.

Der beschränkten analogen Heranziehung des § 1244 BGB, die sich zudem noch auf den Gedanken der allgemeinen Arglist stützen kann³¹⁾, läßt sich nun schwerlich die Erwägung entgegensetzen, es gehe nicht an, daß Hoheits-

mit dem RGZ 156, 397 die versteigerte Sache auch einem Bösgläubigen Ersterer auf Kosten des wahren Eigentümers zuspricht, sei wenig angebracht.

29) Bruns 90 f verwirft zutreffend die Begründung von RGZ 156, 395 (398) - die Pfandveräußerung nach bürgerlichem Recht erfolge auf Grund privater Verfügungsmacht, während der Gerichtsvollzieher mit öffentlicher Macht handle - mit der Erwägung, der tragende Grund des Rechtsscheinserwerbes nach § 1244 BGB sei gerade die öffentliche Form der Veräußerung.

30) Die abstrakt-privatrechtliche Theorie kommt nicht in die Verlegenheit, bei wirksamer Pfändung § 1244 anzuwenden, da jede Pfändung ein gültiges Pfandrecht nach sich zieht.

31) Vgl. Bruns 91.

akte des Gerichtsvollziehers in ihrer Wirksamkeit durch Umstände bedingt sind, welche in der Person eines Privaten liegen³²⁾. Das gilt insbesondere auch für den Einwand Jauernigs³³⁾, das staatliche Verwertungsrecht sei vom Eigentum des Schuldners und dem Bestehen eines Pfandrechts unabhängig und könne folglich auch nicht mit der Kenntnis des Erwerbers in Zusammenhang gebracht werden. Denn es könnte gerade sinnvoll sein, die Macht des Staates zur Eigentumsübertragung in beschränktem Umfang mit der Berechtigung des Gläubigers zu verbinden. Die Unwirksamkeit der Eigentumsübertragung ist, wenn der Erwerber positiv davon Kenntnis hat, daß es sich um einen Vollstreckungseingriff in nicht haftendes Vermögen handelt, für die Autorität des Staates keineswegs ein so mißliches Ergebnis, wie es bei oberflächlicher Betrachtung scheint.³⁴⁾

Zwar ließe das Stichwort "Arglist" zunächst daran denken, daß im Verwaltungsrecht erschlichene Verwaltungsakte nur aufhebbar, bis zur Aufhebung aber wirksam sind. Die Grundsätze von Zurücknahme und Widerruf von Verwaltungsakten lassen sich nach geltendem Recht wohl kaum auf die Eigentumsübertragungsakte des Gerichtsvollziehers übertragen. Zweckmäßiger ist es, stattdessen der Nichtigkeit breiteren Raum zu gewähren. Gerade in Bereichen, wo der Staat sich fern von den Regionen des einseitig befehlenden Polizeirechts der Privatrechtsgestaltung zuwendet, verlangt die Rechtssicherheit

32) Schon gar nicht folgt die Unanwendbarkeit des § 1244 BGB aus dem "Wesen der Pfandverstrickung", das aber von Uhrig 76 f. beschworen wird.

33) Lent-Jauernig 56; ähnlich auch Sigrist 50.

34) Andererseits ist die Bedeutung des Gutgläubenschutzes für die Lehre von der Wirksamkeit und Rechtsbeständigkeit der Staatsakte sehr erheblich. Vgl. z.B. E.v.Hippel, Untersuchungen zum Problem des fehlerhaften Staatsaktes, 2. Aufl. 1960, S. 116 ff.

Begünstigende Akte sind bei Gutgläubigkeit des Adressaten nur dann unwirksam, wenn wertvolle Güter der Allgemeinheit oder berechnigte Interessen Dritter im Wege stehen; v. Hippel 120. Die Formel bezieht sich zwar unmittelbar nur auf die Unzuständigkeit einer Behörde, kann aber Allgemeingültigkeit für sich in Anspruch nehmen. S. auch v. Hippel 125 ff. und Huber II 699.

grundsätzlich keinen stärkeren Schutz, als ihn die Privatrechtsordnung selbst vorsieht³⁵⁾³⁶⁾. Wenn sich aber ein Staatsakt weitgehend der Interessenwertung des bürgerlichen Rechts anpassen kann, da er keine spezifisch staatlichen Belange verfißt³⁷⁾, muß er auch in ähnlicher Weise der Erfolglosigkeit ausgesetzt sein wie die Rechtshandlungen Privater³⁸⁾. Der Prozeß hat seinen Weg in die "hohe Sphäre staatlicher Rechtsausübung" genommen³⁹⁾, um am Schluß in die "Niederungen des Privatrechts" einzutauchen, nicht aber jäh abzustürzen. Die Hoheitsakte des Gerichtsvollziehers folgen schon dank ihrer "Zivilrechtsnähe" eigenen Regeln. Auf keinen Fall hat aber in diesem Grenzgebiet zwischen öffentlichem

-
- 35) In diesem Zusammenhang ist bedeutsam, daß man den Zuschlag in der Versteigerung als "kaufähnlich" bezeichnet. Stein 66; Bruns 105; Schöнке-Baur 111 u.a. - Kohler, GrünhütZ 33, 571 weist dann allerdings darauf hin, daß die Ähnlichkeit nur eine äußerliche sei, wobei er sich besonders auf § 806 ZPO stützt. Doch dürfte die genannte Vorschrift nur ein schwaches Argument sein, an der auch inneren Verwandtschaft von öffentlich rechtlichem Zuschlag und bürgerlichrechtlichem Kaufvertrag zu zweifeln. Vgl. dazu auch den treffenden Hinweis von Bruns 104 f bzgl. der Skala ähnlicher Gestaltungsmöglichkeiten.
- 36) Demgegenüber betont Lücke ZJP 68, 341 ff, bes. 350, Öfftr.Theorie 87 (dem hat sich auch Jauernig aaO 56 angeschlossen) einseitig schroff das Über- und Unterordnungsverhältnis (ZJP 67, 359; Öfftr.Theorie 88). Es werde der Stellung des Staates nicht gerecht, wollte man ihn zwingen, sich zur Erzielung privatrechtlicher Wirkungen den Beteiligten gleichzuordnen. Dazu steht in gewissem Widerspruch eine Bemerkung Lückes (AcP 153, 546) gegen eine allzu starke Betonung der Rechtssicherheit. - Vgl. auch Bernhardt 53: Es sei nicht angängig, an die unter ganz anderen Verhältnissen stehenden Handlungen der Staatsgewalt dieselben Maße anzulegen wie an das Rechtsgeschäft eines Privatmannes.
- 37) Gerade darin unterscheiden sich die Verwertungsakte des Gerichtsvollziehers von enteignenden Eingriffen des Staates. Lückes Hinweis auf die Enteignung trifft daher nicht. Vgl. Lücke ZJP 67, 359; Öfftr.Theorie 88.
- 38) Damit werden auch die Bedenken von Wolff-Raiser 701 Note 7 (702) gegenüber einer hoheitlichen Pfandversteigerung ausgeräumt: Das Privatrecht pflege die schutzwürdigen Interessen der Beteiligten sorgsamer abzuwägen als das öffentliche Recht.
- 39) Vgl. Stein 7.

und privatem Recht der "mystische Gedanke von der Staatsallmacht" einen Platz⁴⁰⁾.

Von ähnlichen Erwägungen ließ sich wohl auch der Entwurf 1931 leiten⁴¹⁾, der in § 887 Abs.1 bestimmte:

"Wird ein Gegenstand auf Grund der Pfändung gültig veräußert, so erlangt der Erwerber daran freies Eigentum, es sei denn, daß die Rechtsvoraussetzungen für die Veräußerung nicht bestanden ... und er den Mangel kannte."

Nach alldem kann daher als erwiesen angesehen werden, daß eine Interessenabwägung keine durchschlagenden Argumente gegen eine öffentlich-rechtliche Pfandveräußerung herzugeben vermag.

7. Aber auch von einer ganz anderen Seite werden von Bürger Bedenken gegen eine publizistische Pfandveräußerung herangetragen. Bürger führt aus⁴²⁾, der wesentliche Inhalt des Pfändungspfandrechts wie auch jedes anderen Pfandrechts liege in der Befugnis des Inhabers, die Pfandsache zur Deckung seiner Forderung zu verwerten; es erscheine verwunderlich, daß die Verwertungsbefugnis als Hauptwirkung des Rechts völlig ins Leere laufen und mit der nachfolgenden Verwertung in keinem Zusammenhang stehen soll.

Der Gedanke knüpft an den Begriff des Pfandrechts an und wirft der herrschenden Lehre vor, daß sie das privatrechtliche Pfändungspfandrecht gerade seines

40) Bruns 91. Ähnlich die Bemerkung von Bettermann 31 über die "gesunde Reaktion gegen die Hypertrophie des öffentlichen Rechts". Auch Kuchinke JZ 1958, 199 macht darauf aufmerksam, daß öffentliches und privates Recht keineswegs mehr so unvereinbar sich gegenüberstehen, wie früher angenommen wurde (z.B. Kohler, GrünhütZ 33, 561). Noch Bürger hat ausgeführt (8.18), über Wirksamkeit und rechtlichen Bestand eines Staatsaktes müsse im Interesse der Staatsautorität volle Klarheit herrschen. Diesen Ausgangspunkt, der in Schrifttum und Rspr. allerdings weitgehend Zustimmung findet, müssen wir ablehnen.

41) Darauf weist Bruns 91 hin.

42) Bürger 18; siehe auch Spohr 25.

Hauptinhalte beraube. Ganz entsprechend argumentiert später Lücke⁴³⁾ - freilich unter öffentlich-rechtlichem Vorzeichen -, die Verwertungsbefugnis sei für das Pfandrecht "schlechthin typisch", daher müsse auch das Pfändungspfandrecht sie enthalten. Lücke benutzt also den gleichen Gedanken wie Bürger zum Beweis dafür, daß nur ein publizistisches Pfandrecht Verwertungsgrundlage sein kann. Lücke wie auch Bürger verkennen aber, daß die Lehre Steins keineswegs in die ihr vorgeworfene Schwierigkeit gerät. Beide übersehen, daß Herb.Schmidt⁴⁴⁾ mit im wesentlichen zutreffender Begründung in dieser Hinsicht Klarheit geschaffen hat.

Der Einwand von Bürger und Lücke setzt voraus, daß es tatsächlich den von ihnen vermuteten Begriff des "Pfandrechts an sich" gibt, dem auch ein Pfändungspfandrecht unterworfen ist⁴⁵⁾. Nun ist der Gesetzgeber der ZPO nicht an den Kanon der Rechtsinstitute des bürgerlichen Sachenrechts gebunden. Daher wäre es durchaus denkbar, daß dem Pfändungspfandrecht, wie auch Vertreter der gemischt privat-öffentlich-rechtlichen Theorie lehren⁴⁶⁾, gerade die Verwertungsbefugnis fehlt, obwohl doch das Fahrnispfand des bürgerlichen Rechts eine solche zum Gegenstand hat⁴⁷⁾. Insofern hätte dann der - etwas banale - Satz

43) Lücke JZ 1955, 484 f; 1957, 241; Öfftr.Theorie 23. Ähnlich Amend 10, 12, der meint, das publizistische Pfändungspfandrecht habe sich aus dem Faustpfand entwickelt, und daraus die Notwendigkeit eines Verwertungsrechts des Gläubigers folgert. Siehe auch Martin 112.

44) Herb.Schmidt 123 ff; siehe auch Freund 33 ff; Kaufmann 13 f; Hellwig-Oertmann, System II 416; Kuchinke JZ 1958, 202.

45) Begründete Vorsicht gegenüber dem "Begriff des Pfandrechts" bei Weigelin 35 f. - Im Zusammenhang dieser Arbeit müssen wir auf eine eingehende Auseinandersetzung mit den Theorien über den Pfandrechtsbegriff verzichten.

46) Mainka 35 f; Fangmann 20; Sigrist 37 f. Siehe auch Weidmann 16.

47) Das entspricht jedenfalls der völlig h.M. - Vgl. Wolff-Raiser 526 ff; Westermann 630, 459 f; Eichler II 2, 424, 431 f. u.a. - Die Auffassung geht zurück auf Sohm, Die Lehre vom subpignus 12 ff, wo erstmals zwischen dem Recht auf einen Vermögenswert und dem Verkaufsrecht unterschieden wird. Beides zusammen macht den Begriff des Fahrnispfandrechts aus.

von der Selbstherrlichkeit des Prozeßrechts⁴⁸⁾ seine Berechtigung.

E. Jung⁴⁹⁾ macht gegen die herrschende Auffassung vom Wesen des Vertragspfandes Bedenken aus § 1232 BGB geltend. Er ist der Ansicht, das Pfandrecht beschränke sich auf die Befugnis, im Fall der Veräußerung des Gegenstandes eine bestimmte Summe vom Erlös an einer bestimmten Stelle und vor dem Eigentümer zu erhalten. Aus § 1232 Satz 1 BGB ergebe sich, daß der nachstehende nichtbesitzende Pfandgläubiger kein Veräußerungsrecht habe. - Nach § 1232 Satz 2 BGB ist selbst der im Rang vorstehende, aber nichtbesitzende Pfandgläubiger nicht mehr unbedingt Herr der Pfandverwertung. Unzweifelhaft handelt es sich in beiden Fällen um vollwertige Pfandrechte im Sinne des § 1204 BGB. - Richtigerweise wird man in § 1232 BGB jedoch nur eine Ausnahme sehen dürfen, welche es sich zur Aufgabe macht, die widerstreitenden Interessen der einzelnen Pfandgläubiger zu ordnen. Jung überschätzt daher wohl die dogmatische Bedeutung der genannten Vorschrift, indem er auf einem für die Begriffsbildung nicht sehr wesentlichen Ausnahmefall aufbaut. Demgegenüber liegt in der Akzentsetzung wohl richtiger die Meinung von Herb. Schmidt 50); er weist darauf hin, daß die Verwertungsbefugnis beim Fahrnispfandrecht sehr abgeschwächt sein kann, ohne daß es in seinem Bestand darunter leidet.

Bei genauerem Hinsehen zeigt sich jedoch, daß ein Abrücken des Pfändungspfandrechts von den Begriffen des bürgerlichen Rechts nicht notwendig ist. Dies ergibt sich aus der Tatsache, daß die sog. schlechthin typische Verwertungsbefugnis nicht zum allgemeinen Pfandrechtsbegriff gehört⁵¹⁾.

48) Müller 94; Lüke NJW 1954, 1671; Öfftr.Theorie 21 f. Weitere Literaturnachweise bei Schwinge 91 Note 7.

49) Bürgerliches Recht, 1931, 989 f; RG-Festg. III 144.

50) Herb. Schmidt 124 f.

51) Das verkennt insbes. auch Amend 10, der behauptet, die gemischt privat-öffentlich-rechtliche Lehre setze sich eindeutig in Widerspruch zum Gesetz. Ebenso Martin 112. Ferner auch Wolff 643 Note 2; Wolff-Raiser 701 Note 7 (702); Börger 19 f, wenn sie sagen, ein anderer Inhalt als die Verwertungsbefugnis sei für das Pfändungspfandrecht überhaupt nicht denkbar. Auch Riehl 35, 38 sah das Pfändungspfandrecht als inhaltlich völlig mit dem Vertragspfand übereinstimmend an. Ebenso Spohr 21 f.

Auch die Grundpfandrechte (die eine Begriffsbestimmung des Pfandrechts ja auch miteinbeziehen muß) haben das Recht des Gläubigers zum Inhalt, aus der Pfandsache Befriedigung zu erhalten (§ 1149 BGB). Die Verwertung erfolgt dann aber nicht durch Verfügung des Gläubigers über das Grundstück, sondern durch den Richter, der als Staatsorgan zwar auf Initiative, nicht aber als Vertreter des Gläubigers handelt⁵²⁾. Dem Befriedigungsrecht des Gläubigers gesellt sich hier - abweichend vom Faustpfand - keine Verwertungs- und Verfügungsbefugnis zu, also die Macht, unmittelbar

-
- 52) Wolff 468; Wolff-Raiser 527 sprechen davon, daß der Hypothekengläubiger "seine Befriedigung betreibt und mit Staatshilfe durchsetzt." (Siehe dorts. auch Note 5, wo davon die Rede ist, der Staat stelle sich in den Dienst des Berechtigten, dessen Tätigkeit die treibende Kraft sei. Dagegen auch Herb. Schmidt 123.) Das darf aber nicht heißen, daß der Gläubiger durch den Staat handelt, da ihm (dem Gläubiger) die Zwangsmacht fehlt und ein Vertreter nur die Rechtsmacht des Vertretenen zur Anwendung bringen kann, nicht aber ein Mehr. v. Lübtow 336 Note 46 (337): Der Vollstreckungstitel verschaffe nicht erst das Verwertungsrecht, sondern gebe ihm nur die Möglichkeit, es zwangsweise im Wege der Staatshilfe durchzusetzen. Wenn aber der Hypothekengläubiger schon das Verwertungsrecht hat, wozu dann noch staatliche Zwangsanwendung? Ein eigenes (privates) Verwertungsrecht des Gläubigers ist mit einer öffentlich-rechtlichen Veräußerung des Grundstücks schlechthin unvereinbar. Wollte man trotzdem (wie Eckstein ZZP 40, 77 f) die Hypothek in den viel zu engen Begriff des Faustpfandes hineinpressen, so müßte folgerichtig der Grundstückserwerb bei einer Veräußerung auf Grund eines Hypothekentitels als privatrechtlich, bei einer Verwertung auf Grund eines sonstigen Titels als hoheitlich gelten. Das aber läßt sich beim besten Willen nicht aus § 90 ZVG herauslesen. - Nicht haltbar ist auch die Auffassung Eichlers II 2, 428, wonach das auf Duldung der Zwangsvollstreckung lautende Urteil dem Kläger ein Vollstreckungsrecht (!) zuspricht, nicht aber einen privatrechtlichen Anspruch im üblichen Sinne.

über das Pfandobjekt zu disponieren⁵³⁾ (Der Gläubiger hat allenfalls einen öffentlich-rechtlichen Anspruch auf Verwertung). Das aber ermöglicht, die Trennung von Befriedigungsrecht und Verfügungsbefugnis auf das Pfändungspfandrecht zu übertragen. Ohne Verwertungsgrundlage zu sein, kann das Pfandrecht dem Gläubiger ein Recht auf Befriedigung aus der Sache geben⁵⁴⁾.

Man würde sich allzusehr an den Wortlaut des § 804 Abs.2 ZPO klammern (arg.: "dieselben Rechte wie ein durch Vertrag erworbenes Faustpfandrecht"), wollte man aus ihm entnehmen, ein privates Pfändungspfandrecht müsse in seinem Inhalt völlig mit dem Fahrnispfandrecht übereinstimmen. Jedenfalls dürfte die heute schon längst bedeutungslos gewordene Vorschrift⁵⁵⁾ kaum in der Lage sein, sich einer öffentlich-rechtlichen Deutung des Verwertungsvorganges entgegenzustellen, zumal die ZPO wohl kaum dem Gesetzgeber des BGB eine Blankoermächtigung zur inhaltlichen Ausgestaltung des Pfändungspfandrechts erteilt hat⁵⁷⁾. Sofern aber die Pfandveräußerung wie bei den Grundpfandrechten Staatssache ist, steht eine eigene Verwertungsbeugnis des Gläubigers der staatlichen Vollstreckungsmacht im Wege⁵⁸⁾.

- 53) Sohm, Grünhutz 5, 18 ff, 28 ff leugnet ein privates Verwertungsrecht bei der Hypothek und aus diesem Grunde ihre Dinglichkeit. Dem ist entgegenzuhalten: Auch ohne die Befugnis, sich unmittelbar durch eigene Handlung aus dem Grundstück zu befriedigen (Verfügungsbefugnis), kann ein privates Recht auf Befriedigung aus dem Grundstück bestehen. - Viel wichtiger ist aber die Feststellung, daß schon Sohm scharf erkannt hat, daß die Hypothek nicht in den Begriff des Faustpfandes paßt.
- 54) Ein solches materielles Pfandrecht "eigener Art" widerspricht auch nicht dem numerus clausus der Sachenrechte, wie Martin 117 meint.
- 55) Vgl. oben die Ausführungen auf S.13/14.
- 56) Insofern ist es also richtig, den Ton auf "im Verhältnis zu anderen Gläubigern" zu legen.
- 57) Die Motive zum BGB lassen in dieser Hinsicht Vorsicht erkennen. Vgl. oben S.15 Note 21.
- 58) Das hat als erster wohl Freund 33 ff erkannt. Vgl. ferner Mainka 35 f; Bernhardt 88; Fangmann 20 f; Kaufmann 31 f; Freudenberg 27; Sigrist 37 f; Kuchinke JZ 1958, 202. - Mißverständlich ist die Äußerung v. Lübtows 336 Note 46 (337), es könne für die rechtliche Konstruktion des Pfandrechts keinen Unterschied machen, ob der Gläubiger die Sache selbst verwerten darf oder dazu die Hilfe des Staates in Anspruch nehmen muß.

8. Mit der Auflösung der engen Beziehung von Befriedigungsrecht und Verwertungsbefugnis fällt der Einwand von Börger und Lücke in sich zusammen. Dem umfassenden Pfandrechtsbegriff ist allein das Recht auf Befriedigung aus der Sache wesentlich; dieser Begriff paßt auch auf das Pfändungspfandrecht⁵⁹⁾. Es ist demnach keineswegs notwendig, das Pfändungspfandrecht der gemischt privat-öffentlich-rechtlichen Meinung als reines Rangrecht auszugeben⁶⁰⁾.

Es ist allerdings zuzugeben, daß ein solch "nacktes Befriedigungsrecht"^{61) 62)}, wie es die Anhänger Steins annehmen oder genauer: annehmen müßten, als Inhalt des Pfändungspfandrechts prozessual nur von geringer Bedeutung ist. Denn es bedarf weder einer förmlichen Feststellung, wie sie nach § 1147 BGB erforderlich ist,

59) Beim Arrestpfand und § 720 ist das Befriedigungsrecht des Gläubigers nicht etwa aufschiebend bedingt, sondern schon gegenwärtig. Der Unterschied ist allein der, daß der Gläubiger zunächst noch nicht befriedigt werden darf. Siehe dazu auch unten S. 70 Note 28 und S. 72 Note 35.

60) so z.B. Kaufmann 34; Weidmann 25. Vgl. auch Martin 119. Wie groß die Unklarheit über den Begriff des Pfandrechts ist, beweisen auch die Ausführungen von Fries 26. Fries glaubt, die dem Pfändungspfandrecht fehlende Veräußerungsbefugnis dadurch ersetzen zu können, daß er der staatlichen Pfandverwertung "eine gewisse (?)", in der eigentümlichen Verbindung von Privatrecht und Vollstreckungsrecht begründete pfandrechtsdogmatische Bedeutung" nicht abspricht. Das ist mehr als ver schwommen; trotzdem haben sich dem Falkmann-Hubernagel § 804 Bem. 1 angeschlossen. Weidmann aaO leugnet überhaupt die Pfandrechtsnatur des Pfändungspfandrechts. Ganz ähnlich hat auch schon Demelius 154 Note 24 das Pfändungspfandrecht als "pfandrechtsähnliches Verhältnis" bezeichnet. Petschek 99 (vgl. dort auch Note 5) bemerkt dazu, die Ausscheidung des Pfändungspfandrechts aus dem allgemeinen Begriff des Pfandrechts sei eine "leere scholastische Spielerei".

61) Dieses kann verstanden werden als Befugnis, im Fall der Veräußerung des Gegenstandes eine bestimmte Summe vom Erlös an einer bestimmten Stelle und vor dem Eigentümer zu erhalten (Jung aaO) - oder als "Anrecht" (v. Lübtow 328 ff, bes. 346). Auch R. Schmidt 930 bezeichnet das Pfändungspfandrecht als "festes Anrecht auf Befriedigung gerade aus dem gepfändeten Objekt". Vgl. im übrigen Martin 128 Note 126.

noch wirkt das aus dem Pfändungspfandrecht fließende materielle Befriedigungsrecht unmittelbar auf den Gang des Zwangsvollstreckungsverfahrens ein.

9. Die Trennung von Befriedigungsrecht und Verwertungsbefugnis führt auch bei § 344 Abs.1 RAO zu keinen Schwierigkeiten⁶³⁾. Zwar herrscht hier die Besonderheit, daß dem Finanzamt selbst (genauer: dem Staat als Steuergläubiger) das Pfandrecht zusteht, zugleich dem Finanzamt aber auch die hoheitliche Verwertung anvertraut wurde. Kraft dieser Verwertungsmacht kann es dann die Befriedigung seiner Forderung bewirken, nicht aber auf Grund eines privatrechtlichen Pfändungspfandrechts. Der BFH⁶⁴⁾ scheint allerdings anderer Meinung zu sein, wenn er bemerkt, das Finanzamt erhalte durch die Pfändung ein Pfandrecht und damit auch das Recht, sich durch die

62) Auch beim Pfändungspfandrecht an Forderungen handelt es sich um ein "reines Befriedigungsrecht". Die Überweisung zur Einziehung oder an Zahlungs Statt (§ 835 ZPO) steht neben dem Pfandrecht, hat also nichts mit seinem Inhalt zu tun. Auf Grund der Regelung des § 835 hat der Gesetzgeber das Pfändungspfandrecht an Forderungen von den §§ 1281 ff BGB abgehoben. Solange der Überweisungsbeschluß des Gerichts noch nicht erfolgt ist, fehlt es an einer Befugnis zur Einziehung, selbst wenn die dem Pfandrecht zugrunde liegende Forderung schon fällig sein sollte (§§ 1282 Abs.1 S.1, 1228 Abs.2 BGB) - so auch Lücke ZZP 76,24. - Demgegenüber lehrte Hellwig 115, die Überweisung zur Einziehung habe lediglich die Bedeutung, die durch die Pfändung bereits begründete, aus dem Begriff des Pfandrechts notwendig folgende Befugnis zur Einziehung der Forderung zu konstatieren. Vgl. auch Hellwig 107, 108. Eine bloß deklaratorische Wirkung der Überweisung erscheint jedoch wenig überzeugend. - Gerade die Möglichkeit einer Überweisung an Zahlungs Statt spricht dagegen, das Pfändungspfandrecht als Einziehungsrecht zu bezeichnen. Denn das Pfandrecht geht mit der Überweisung unter, die Einziehung durch den Gläubiger erfolgt erst später allein auf Grund des Forderungsüberganges. Siehe auch Weigelin 35.

63) entspr. beim Pfändungspfandrecht der VerwVollstrGe des Bundes und der Länder.

64) BFH 60, 212 (213).

Versteigerung wegen seiner Forderung zu befriedigen⁶⁵⁾. Vom Standpunkt der öffentlich-rechtlichen Pfandrechts-
theorie ist gegen die Formulierung nichts einzuwenden. Nun aber ist kaum Anlaß zur Vermutung, daß der BFH sich dieser Auffassung habe zuwenden wollen. Auf der Grundlage der gemischt privat-öffentlich-rechtlichen Pfandrechts-
theorie ist es aber selbst bei Koinzidenz von Gläubiger und Vollstreckungsbehörde nicht möglich, einem privatrechtlichen Pfandrecht die hoheitliche Befugnis zur Pfandverwertung aufzupropfen. Denn die staatliche Verwertungsmacht ist nicht nur beim Bestehen des Pfandrechts vorhanden, sondern genauso auch dann, wenn ein solches fehlen sollte. So geht denn auch die Annahme fehl, wenigstens bei § 344 Abs.1 RAO lasse sich am Begriff des bürgerlichen Fahrnispfandrechts festhalten.

65) Richtig dagegen die Formulierung von Hübschmann-Hepp-Spitaler § 344 RndNr.4: "Das Pfändungspfandrecht gibt dem Gläubiger das Recht auf Befriedigung seines Anspruchs aus dem gepfändeten Gegenstand im Weg der staatlichen Vollstreckung" (inhaltlich übereinstimmend Kautz-Riewald Bem.2 zu § 804 ZPO). - Der Satz des BFH wäre allerdings für Hübschmann-Hepp-Spitaler der gemäßere gewesen, da sie der publizistischen Theorie anhängen.

§ 5 Fortsetzung: Die Frage nach der Verwertungsgrundlage

Nachdem sich die öffentlich-rechtliche Anschauung vom Verwertungsvorgang als richtig herausgestellt hat, ist endlich die Plattform für die Frage nach der Verwertungsgrundlage gewonnen¹⁾. Bisher steht nur fest, daß bei Annahme einer publizistischen Pfandverwertung die Grundlage hierzu nicht in einem privatrechtlichen Pfändungspfandrecht zu suchen ist. Da bleibt noch die Möglichkeit offen, daß ein publizistisches Pfandrecht Grundlage der Verwertung ist. Stein konnte, wie sich am Stand des gegenwärtigen Meinungsstreites zeigt, eine solche Alternative nicht ausschließen²⁾. Umgekehrt ist freilich auch Lücke bis jetzt den Beweis dafür schuldig geblieben, daß sich die der Pfändung folgenden Akte nur auf das Pfandrecht, nicht aber die Verstrickung gründen können.

1. Lücke weist darauf hin, daß die Aufgabe der Verstrickung in der Sicherung der tatsächlichen und rechtlichen Möglichkeit zur Durchführung der nachfolgenden Verfügungen besteht; der Gegenstand soll dem rechtlichen und tatsächlichen Machtbereich des Schuldners entzogen werden³⁾. Das ist richtig. Ebenfalls richtig ist die Feststellung, daß die Verstrickung eine "typische Sicherungsfunktion" erfüllt und die tatsächliche Beziehung des Staates zum Gegenstand der Zwangsvoll-

- 1) Es geht allerdings nicht an, die Auffassung von einer privatrechtlichen Verwertung für heutige Zeiten als "bedauerlichen Rückschritt" zu bezeichnen. So aber Uhrig 73 Note 1. Ebenso erscheint die Behauptung von Lücke ZZP 67, 358 als zu weitgehend, die öffentlich-rechtliche Auffassung von der Verwertung bedürfe heute keiner Begründung mehr.
- 2) Ebenso wenig Braun 23, der meint, es könnten keine ernsthaften Zweifel darüber bestehen, daß die Verwertungsgrundlage allein in der Verstrickung zu finden sei.
- 3) JZ 1957, 241; Öffftr. Theorie 15; vgl. auch RGZ 118, 276 ff. - Damit ist zugleich erwiesen, daß die Kritik von Uhrig 31 unberechtigt ist: Lücke setze Pfändungspfandrecht und Verstrickung gleich. Dieser Vorwurf hätte allenfalls gegenüber der älteren Lehre vom öffentlich-rechtlichen Pfandrecht eine gewisse Berechtigung. Vgl. auch Reichmayr 15.

streckung schaffen soll. Fraglich ist aber, wenn Lücke fortfährt, das Pfandrecht schaffe die rechtliche Beziehung⁴⁾, und daraus den Schluß zieht: "Daher hat die Verstrickung selbst noch keine Verfügungsbefugnis für den Staat zum Inhalt, vermag also auch nicht dessen Eingriff in die materiellen Rechte am Gegenstand zu stützen"⁵⁾ 6). Aus der Sicherungsfunktion der Verstrickung wird also abgeleitet, daß dies auch ihre einzige Aufgabe sei. Beweisen läßt sich der Satz aber nicht! Nichts hindert das Gesetz daran, die Wirksamkeit der späteren Zwangsvollstreckungsakte von der Verstrickung als Voraussetzung abhängig zu machen. Es bestehen keine logischen Bedenken und noch weniger Bedenken aus dem "Wesen des Staatsaktes", einen solchen in seiner Wirksamkeit durch einen vorangegangenen Staatsakt bedingt sein zu lassen, wenngleich ein solches Abhängigkeitsverhältnis bei hoheitlichen Hand-

-
- 4) Wie kann das Pfandrecht, das ja dem Gläubiger zusteht, eine rechtliche Beziehung zwischen Staat und Schuldner begründen? Die Antwort darauf versucht Lücke in seiner Theorie vom doppelten Verwertungsrecht zu finden, auf welche in anderem Zusammenhang noch einzugehen ist.
 - 5) JZ 1957, 241; ähnlich auch Herb.Schmidt 132; a.A. Thomas-Putzo § 803 Bem.5. Die staatliche Verfügungsmacht wird von Thomas-Putzo an die Verstrickung geknüpft, was freilich für Vertreter der publizistischen Pfandrechtstheorie wenig einleuchtend ist.
 - 6) Ganz ähnlich folgert Amend 7 f; Da die Verstrickung kein Recht, sondern ein Rechtszustand sei, müsse sie als Rechtsgrundlage der Zwangsverwertung ausscheiden. Der verstrickte Gegenstand werde zwar zugunsten des Staates dem Machtbereich des Berechtigten entzogen, jedoch würden dem Staat dadurch keine unmittelbaren Machtbefugnisse in Form eines Verfügungsrechts eingeräumt. - Auch hier wird vor-
ausgesetzt, was erst noch bewiesen werden muß. - Verfehlt ist ferner der Hinweis Amends, daß die Verstrickung sich bei Forderungen formell und materiell in dem Zahlungsverbot an den Schuldner erschöpft (vgl. RGSt 24, 40, 54). Da Forderungen nicht wie Sachen durch den Gerichtsvollzieher verwertet werden, erübrigt sich dort von selbst eine "Verwertungsgrundlage".

lungen die Ausnahme sein dürfte⁷⁾.

2. Im übrigen stützt Lücke sich auf die Erwägung⁸⁾, daß der Begriff "Verwertungsgrundlage" eine Ermächtigung an den Staat enthält, Eingriffe in die materiell-rechtliche Lage des gepfändeten Gegenstandes vorzunehmen. Auf diesem Wege gelangt Lücke zu einem Vergleich von privatrechtlicher Verfügung und den privatrechtsgestaltenden Hoheitsakten des Gerichtsvollziehers. "Die Befugnis, über einen Gegenstand zu verfügen, ist grundsätzlich Ausfluß eines umfassenderen Rechts an dem Gegenstand; nicht aber beruht sie auf dem Rechtsgeschäft, durch das dieses Recht begründet wird"⁹⁾. Lücke sieht sich allerdings gezwungen, seine These dahingehend einzuschränken, daß die Verfügungsmacht auch unmittelbar aus dem Gesetz fließen kann¹⁰⁾. Wenn das auch nur die Ausnahme sein soll, dürfte doch einleuchten, daß sich aus Lückes soeben genannter Prämisse niemals der zwingende Schluß ziehen läßt, daß "die Pfändung, die als Hoheitsakt auf die Herbeiführung eines rechtlichen Zustands, nämlich auf die Begründung von Verstrickung und Pfandrecht, gerichtet ist und als solcher nur zu einem Rechtsgeschäft in Parallele gesetzt werden könnte, nicht Grundlage der Verwertung sein" kann. Denn genauso könnte die Verwertungsbefugnis bei der Mobiliarzwangsvollstreckung schlicht nur auf dem Gesetz beruhen, ohne daß es einer Anknüpfung am Pfandrecht

7) Es kann daher auch Herb.Schmidt 133 nicht gefolgt werden, der die Möglichkeit einer Abhängigkeit überhaupt leugnet (ohne nähere Begründung). - Zwar hängt die Gültigkeit der Amtshandlungen eines Beamten nicht von der Wirksamkeit der Ernennung ab - § 14 BBG, jedoch kann aus dieser und anderen Bestimmungen wohl kaum auf eine allgemeine und zwingende Regel geschlossen werden. Im Gegenteil scheint der Gesetzgeber einen solchen Grundsatz nicht als selbstverständlich anzusehen.

8) JZ 1957, 241: Öfftr.Theorie 15.

9) Anstelle von "umfassenderes Recht" gebraucht Lücke in Öfftr.Theorie 15 den Ausdruck "übergeordnetes Recht".

10) so bei Verfügungen des Konkursverwalters und des Nachlaßverwalters, vgl. hierzu Lücke JZ 1957, 241 Note 23; Öfftr.Theorie 15; ferner gehören hierher auch die Verfügungen eines Nichtberechtigten, die kraft guten Glaubens des Erwerbers wirksam sind.

bedarf. Ebensogut wäre es aber auch denkbar, daß seinerseits das Gesetz wieder an einem anderen Punkt - der Verstrickung - ansetzt.

3. Es ist bemerkenswert, daß sich bei Lücke¹¹⁾ auch der Hinweis auf das ZVG findet. Hier beruht die Verfügungsbefugnis des Vollstreckungsgerichts - das ist unbestritten - unmittelbar auf dem Gesetz. Der Grund dafür, daß im Zwangsversteigerungsverfahren die Verwertungsgrundlage weder in der Beschlagnahme noch in einem dinglichen Recht des Gläubigers an dem Grundstück gesucht wird, ergibt sich aus § 20 Abs.2 i.Verb. mit § 55 Abs.2 ZVG¹²⁾. Nach § 20 Abs.2 ZVG umfaßt die Beschlagnahme des Grundstücks diejenigen Gegenstände, auf welche sich bei einem Grundstück die Hypothek erstreckt. § 55 Abs.2 ZVG ordnet hingegen an, daß sich die Versteigerung auch auf solche Gegenstände bezieht, die nicht zusammen mit dem Grundstück beschlagnahmt worden sind. Dazu gehören z.B. in Besitz des Schuldners befindliche Zubehörstücke, welche nicht im Eigentum des Schuldners stehen. Nur wenn der Eigentümer sein Recht nach Maßgabe des § 37 Nr.5 ZVG geltend gemacht hat, bleibt die Versteigerung unwirksam. Es wäre nun daran zu denken, die Bedeutung des Falles mit einer Handbewegung abzutun: Es handele sich dabei doch nur um eine "Nebenfolge" der Grundstücksversteigerung. Dem begegnet Herb.Schmidt¹³⁾ mit dem treffenden Hinweis auf § 65 ZVG. Diese Vorschrift ermöglicht, die in § 55 Abs.2 ZVG genannten Gegenstände auch gesondert zu verwerten. Herb.Schmidt zieht daraus die Konsequenz

11) JZ 1957, 241, Öfftr.Theorie 15; ebenso Amend 8 f.

12) zum Folgenden vgl. Herb.Schmidt 133 (mit Literaturnachweisen); Amend 8. - Unklar allerdings, wenn Martin 132 bemerkt, die Verwertungsfunktion sei dem "Recht auf Befriedigung aus dem Grundstück" immanent. Dieses Recht kann gerade nicht den Inhalt eines publizistischen **Pfändungspfandrechts haben**, wie Martin jedoch aaO Note 138 meint.

13) Herb.Schmidt 133; ebenso Amend 8 f.

für die Mobiliarzwangsvollstreckung: "Es kann also aus dem Mangel der Pfändung nicht gefolgert werden, daß der Gerichtsvollzieher nicht berechtigt ist, die Versteigerung vorzunehmen". Ob dieser Satz generell Gültigkeit besitzt, braucht in diesem Zusammenhang noch nicht weiter erörtert zu werden.

4. Sicher dürfte aber schon jetzt sein, daß die Parallelsetzung von Pfandveräußerung durch den Gerichtsvollzieher und bürgerlichrechtlicher Verfügung gerade auch vom ZVG her einen empfindlichen Stoß erhalten hat. Der Hinweis auf "Ausnahmen", bei denen sich die hoheitliche Verfügungsmacht im Vollstreckungsverfahren nur auf das Gesetz gründet, nimmt Lükess Beweisführung zugleich auch jegliche zwingende Schlüssigkeit¹⁴⁾. Ein Fehlschluß liegt auch der Folgerung Amends¹⁵⁾ zugrunde, der sich gerade durch das ZVG in seiner Meinung bestärkt sieht: Da sowohl in der Liegenschafts- wie der Mobiliarvollstreckung die Verstrickung eintrete, die Beschlagnahme eines Grundstücks aber keine Verwertungsbefugnis erteile, könne die Verstrickung auch bei beweglichen Sachen nicht Verwertungsgrundlage sein¹⁶⁾. Ebenso irrt Amend, wenn er sagt, aus dem öffentlich-rechtlichen Charakter der Versteigerung der Pfandsache und der Aushändigung des Erlöses an den Gläubiger ergebe sich "zwangsläufig", daß nur ein öffentliches Recht als "Verwertungsrecht" geeignet sei¹⁷⁾. Wenn im ZVG ein Pfandrecht für die Durchführung des Vollstreckungs-

14) Lükess lehnt freilich (AcP 153, 537 f; Öfftr.Theorie 112 f) im Zusammenhang mit einer Haftung des Gläubigers aus § 816 BGB eine solche Gleichstellung von privatrechtlicher Verfügung und privatrechtsgestaltendem Staatsakt ab (wohl im Anschluß an Freund 36 f). Begründung: In den im BGB geregelten Fällen der Gleichsetzung von Zwangsverfügung mit rechtsgeschäftlicher Verfügung handele es sich um Zwangsverfügungen gegen den Verfügungsberechtigten, während bei der Pfandveräußerung eine Zwangsverfügung gegen den Gläubiger nicht vorliege.

15) Amend 9.

16) Noch weniger überzeugend Amends Hinweis auf S.101: Die Verstrickung könne bei der Arrestpfändung nicht Verwertungsgrundlage sein; sie unterscheide sich nicht von der gewöhnlichen Verstrickung im Zwangsvollstreckungsverfahren, es werde in beiden Fällen viel-

verfahrens vom Gesetzgeber nicht als notwendig angesehen wurde, das ZVG sogar von einer Verwertungsgrundlage überhaupt absieht, so müßte dieser Umstand allein ausreichen, Zweifel an der Alternative von publizistischem Pfändungspfandrecht oder Verstrickung aufkommen zu lassen. Das Vorhandensein eines Pfandrechts bei der Vollstreckung in das bewegliche Vermögen läßt noch längst nicht den Schluß zu, daß dem Pfandrecht dann jene ganz beherrschende Stellung als Verwertungsgrundlage zukommen muß, wie Lücke und Amend sie voraussetzen. Denn gerade die aus dem ZVG gewonnene Erkenntnis ließe sich auch auf die Mobilienvollstreckung übertragen, wie Herb.Schmidt es tut.

Wäre freilich der Gedanke der "schlechthin typischen Verwertungsbefugnis" zutreffend, so hätte er die in Lückes Argumentation klaffende Beweislücke schließen können. Denn unter den Voraussetzungen, daß der Gerichtsvollzieher die Versteigerung hoheitlich handelnd vornimmt und das Pfandrecht eine Veräußerungsbefugnis als wesentlichen Inhalt in sich birgt¹⁸⁾, wäre allein ein publizistisches Pfändungspfandrecht denkbar.

5. Von einer ganz anderen Seite als Lücke geht Kuchinke das Problem der Verwertungsgrundlage an. Kuchinke¹⁹⁾ sucht zunächst den Nachweis zu erbringen, daß Lücke mit der Frage nach dem Verwertungsgrund der "vorgegebenen prozessualen Betrachtungsweise" widerspricht²⁰⁾. Schon in seinem Ausgangspunkt geht Kuchinke freilich von einem Begriff aus, der von Lücke niemals gebraucht worden ist.

mehr ohne Unterschied gepfändet.

- 17) Amend 5 f - übrigens hat die h.M. die Verstrickung niemals als "Verwertungsrecht" bezeichnet, wie Amend es darstellt, sondern lediglich als Voraussetzung der Wirksamkeit der Verwertung. Das ist ein Unterschied!
- 18) Auf dieser Gedankenverbindung, wozu noch der "Befriedigungszweck" des Pfändungspfandrechts hinzutritt, beruht die gesamte Konstruktion Lückes. Vgl. bes. JZ 1955, 484 f; Öfftr.Theorie 23.
- 19) Kuchinke JZ 1958, 200; ähnlich jetzt auch Schönlke-Baur 101; Lent-Jauernig 48.
- 20) Siehe auch aaO 201 Note 33.

Unter "Verwertungsgrund" versteht Kuchinke²¹⁾, "daß einem Vorgang das Wesen einer bewirkenden Ursache zukommt, in der die weiteren rechtlichen Vorgänge ihre Stütze finden, und die die Funktion erfüllt, die weiteren **rechtsbegründenden, -verändernden oder -aufhebenden, ganz** allgemein vermögensverschiebenden Vorgänge in den materiellen Zuordnungszusammenhang zu stellen." Es ist offenkundig, daß Kuchinke den Begriff des Verwertungsgrundes mit materiell-rechtlichen Aufgaben belastet. Das hängt wohl mit dem Umstand zusammen, daß Kuchinke in Pfändung und Verwertung auch Tatbestände des materiellen Rechts sieht²²⁾. Wer aber glaubt, mit einer "materiell-rechtlichen Bewertung" zur Frage nach der Verwertungsgrundlage vorzustoßen, gerät auf einen falschen Weg, da "Verwertungsgrundlage" und "Verwertungsgrund" sich auf verschiedenen Ebenen bewegen. Daher ist es schon bezeichnend, daß Kuchinke an die Stelle des Ausdrucks "Verwertungsgrundlage" den stark materiell-rechtlich gefärbten Begriff "Verwertungsgrund" setzt, ohne sich allerdings über den damit vollzogenen Bedeutungswandel klar zu werden. Denn letzterer umfaßt zugleich auch den "Grund" im Sinn eines bereicherungsrechtlichen Rechtsgrundes.

Demgegenüber muß betont werden, daß es dem Begriff

21) aaO 200 Note 28.

22) aaO 200. Hiergegen ist nichts einzuwenden. Denn anderenfalls wäre es überhaupt ausgeschlossen, Verwertungsakte mit auch materiell-rechtlichen Maßstäben (insbes. §§ 812 ff BGB) zu messen. Generell hat z.B. die Kategorie Rechtswidrigkeit keinen Zugang zum Prozeßrecht. Dazu Sax ZZP 67, 49 ff; Niese 75 ff; Goldschmidt, Prozeß als Rechtslage 290 ff, 353. Richtig daher der Satz von Kuchinke, es sei die materielle Funktion der Vollstreckungsakte, welche der Beurteilung nach materiell-rechtlichen Grundsätzen den Weg eröffnet. - Daraus folgt dann aber auch, daß Lücke mit seiner prozessualen Betrachtungsweise nach dem Rechtsgrund eines Verwertungsaktes fragen darf, solange er nicht die auch materielle Funktion der Verwertung in Frage stellt. Unrichtig Kaufmann 43: Bei der Pfandveräußerung handele es sich um einen rein prozessualen Vorgang.

Verwertungsgrundlage in dem von Lücke gebrauchten Sinne vor allem um die Wirksamkeit der sich an die Pfändung anschließenden prozessualen Akte geht. Die Frage nach der Verwertungsgrundlage sucht also nach dem Tatbestand, an welchen die Pfandverwertung in öffentlich-rechtlicher Beziehung anknüpft. Ob der Ansatzpunkt nur im Reiche prozeßrechtlicher Gegebenheiten aufzufinden ist oder auch selbst dem materiellen Recht angehören kann, ist in diesem Zusammenhang ohne Belang, da es einstweilen nur um die Feststellung geht: Die Wirksamkeit der Pfandverwertung soll durch das Vorliegen der Verwertungsgrundlage bedingt sein.

6. Kuchinke weist nun darauf hin, daß aus Mängeln des einen prozessualen Vorgangs die Fehlerhaftigkeit eines anderen oder des gesamten Verfahrens folgen kann. Es kann ihm aber nicht zugestimmt werden, wenn er fortfährt: Damit stehe aber nicht der eine Vorgang zu dem anderen im Verhältnis von tragendem Grund zur abhängigen Folge²³⁾. Mit der Verneinung (die sich nach dem vorher Gesagten fast wie eine "contradictio in adiecto" ausnimmt) meint Kuchinke wohl - ähnlich wie auch Herb.Schmidt²⁴⁾ -, ein späterer Verfahrensakt könne in seiner Wirksamkeit nicht von einem vorangegangenen abhängig sein. Das ist aber gerade die Frage.

7. Die Verwischung von "Rechtsgrund" und "Verwertungsgrundlage" läßt Kuchinke dann zu einem merkwürdigen Ergebnis kommen: Die Verwertung brauche einen zureichenden Grund als Tatbestand des materiellen Rechts, der naturgemäß nicht in einem prozessualen Pfandrecht zu finden sei, da dieses kein Kriterium für die materielle Rechtmäßigkeit der Verwertung zu liefern vermöge. Die wahre "Grundlage" der Verwertung sei daher in einem

23) ähnlich auch S.201.

24) Herb.Schmidt 133 - siehe auch oben S.52.

materiellen und privatrechtlichen Pfandrecht²⁵⁾ zu suchen, von dessen Vorhandensein dann die Existenz einer rechtmäßigen und rechtswirksamen Verwertung abhängt. Damit wird das Pfandrecht der herrschenden Meinung zur "causa" der Zwangsverwertung gemacht²⁶⁾. Die Rechtsmacht des Gerichtsvollziehers soll aber nicht aus der Pfändung fließen, sondern sich einheitlich aus seiner Stellung als Staatsorgan ergeben; denn es sei eine wenig sinnvolle Konstruktion, daß der Gerichtsvollzieher die Vollstreckung erst mit der Pfändung beginnen müsse, um das Recht zur weiteren Durchführung zu erlangen.

Daraus ergibt sich aber, daß Kuchinke überhaupt eine Verwertungsgrundlage in der bisher erörterten Form Verstrickung - Pfandrecht ablehnt²⁷⁾ 28). Die

25) i.S. der gemischt privat-öffentlich-rechtlichen, nicht aber der abstrakt-privatrechtlichen Theorie!

26) Kuchinke dreht also den Grundsatz Lükes genau um: ... "das Pfändungspfandrecht rechtfertigt den Erwerb des Gläubigers nicht". So Lücke AcP 153, 539; Öfff. Theorie 114. - Es kann nur kurz angedeutet werden, daß das Pfändungspfandrecht der h.M. überhaupt nicht in der Lage ist, die causa für die spätere Vermögenszuordnung abzugeben. Das zeigt sich in Fällen, wo die Pfändung gegen eine bloße Schutznorm verstößt (z.B. § 811 ZPO), ein privates Pfandrecht deshalb nicht entsteht, die trotzdem erfolgende Verwertung aber desungeachtet zur Befriedigung des Gläubigers führt. Ein anderes Ergebnis wäre nicht zu billigen; für eine Kondition ist folglich auch kein Raum. Oder sollte Kuchinke hier - abweichend von der h.M. - die Entstehung eines Pfandrechts annehmen wollen? (so z.B. Vogel 22 ff; Lent-Jauernig 48 f). Anderenfalls könnte nämlich das Pfändungspfandrecht seiner Aufgabe als causa nicht gerecht werden; es würde materiell überfordert. Im übrigen reicht aber der in den Titel eingekleidete materielle Anspruch des Gläubigers für die Vermögenszurechnung aus.

27) Vgl. aaO 201. Kuchinke widerspricht sich freilich insofern, als er noch auf S. 200 ausgeführt hat, das Pfandrecht sei der "Grund", von dem eine rechtmäßige und rechtswirksame Verwertung abhängt.

28) Mit ähnlicher Begründung auch Lent-Jauernig 49 gegen eine Verwertungsgrundlage. Das Argument der Verstrickung sei nicht durch: Die Grundlage der Verstrickung sei die Zwangsgewalt, folglich sei eine besondere Verwertungsgrundlage überflüssig.

Rechtsmacht des Gerichtsvollziehers zur Vornahme der Verwertungshandlungen ist also weder von der Verstrickung noch einem Pfandrecht abhängig; die Pfandveräußerung daher wirksam, selbst wenn aus irgendwelchen Gründen ein Pfandrecht nicht entstanden sein sollte. Damit zeigt sich aber nur, daß die Frage des materiellen Rechtsgrundes einer Vermögensverschiebung nicht mit dem Problem der Wirksamkeit eines Staatsaktes in Verbindung gebracht werden darf. Sowohl die herrschende Meinung als auch die öffentlich-rechtliche Theorie gebrauchen den Ausdruck "Verwertungsgrundlage" in Beziehung auf die materielle Rechtslage als völlig neutralen Begriff²⁹⁾. Auf Grund der Verkenennung dieser Tatsache dürfte Kuchinke nicht der Beweis gelungen sein, daß eine Koppelung von Verwertungsgrundlage und Pfandrecht im Sinne Lükés nicht möglich ist³⁰⁾.

8. Weder Lükés Erwägungen über die Verwertungsgrundlage noch Kuchinkes Einwände vermochten durchzuschlagen. Da liegt der Gedanke nahe, überhaupt am Sinn der Frage nach der Verwertungsgrundlage zu zweifeln. Es könnte gesagt werden: Die Annahme der Verstrickung oder des Pfandrechts als Verwertungsgrundlage führt zu zwei voneinander völlig verschiedenen Konstruktionen, die ein jeweils in sich geschlossenes System darstellen, dessen Richtigkeit oder Unrichtigkeit nicht mehr zu beweisen ist. Der Veräußerungsvorgang müßte dann aber als Argument für oder gegen eine der Auffassungen über das Wesen des Pfändungspfandrechts ausscheiden.

Jedoch erscheint derartige Resignation noch verfrüht. Weiter führt ein Gedanke, der sich auf die zu-

Es ist sehr wohl denkbar, daß die Wirksamkeit der Verwertungsakte an eine gültige Pfändung gebunden ist. Das nimmt übrigens auch Jauernig selbst (inkonsequenterweise!) aaO 56 an.

29) Bes.deutlich Lücke, Öfftr.Theorie 22. Vgl.auch Stein 63 und Schwinge 108.

30) so aber Kuchinke aaO 202.

nächst seltsam anmutende Tatsache stützt, daß (vor allem) die gemischt privat-öffentlich-rechtliche Theorie sich selbst nicht allzusehr der Verstrickung als Grundlage der Verwertung verbunden weiß. So ist eine gewisse Inkonsequenz nicht zu bestreiten, wenn Anhänger der herrschenden Ansicht bei unwirksamer oder überhaupt fehlender Pfändung dem Ersteher der vermeintlichen Pfandsache teils mit § 1244 BGB³¹⁾, teils mit § 366 HGB³²⁾ oder § 935 BGB³³⁾ zu Hilfe eilen wollen³⁴⁾. Stein³⁵⁾ spricht sogar von einer "impulsiven Kraft", mit welcher sich der Gedanke des Gutgläubensschutzes geltend mache. Stein sieht sich allem Anschein nach also gezwungen, auf die bürgerlichrechtlichen Prinzipien des Gutgläubensschutzes zurückzugreifen, um den bei konsequenter Durchführung einer "Verwertungsgrundlage" in ihrer Autorität zu kurz kommenden Staatsakten eine etwas größere Bestandsgarantie bieten zu können. Läßt man nun einen Gutgläubenserwerb bei

-
- 31) Seuffert-Walsmann § 806 Bem.3 und Lent in seiner Anm. zu RG JW 1931, 2137; vgl. auch Bruns 91 f (der wiederum auf § 887 des E 1931 verweist), ohne allerdings der hier gerügten Inkonsequenz zu erliegen. Als Vertreter der abstrakt-privatrechtlichen Theorie bejaht Spohr 28 die Anwendbarkeit des § 1244 BGB. - Ferner: Wolff, Festg. für Hübler 68; Baumbach, 12.Aufl. 1936, § 814 Bem.1, wo § 1244 BGB für den Fall der Zwangsversteigerung einer einem anderen Schuldner gehörigen (gepfändeten) Sache für anwendbar erklärt wird; im übrigen verhält sich die öffentlich-rechtliche Auffassung gegenüber § 1244 BGB ablehnend. Vgl. Stein-Jonas § 814 Bem.I und III.
- 32) Stein 76; Gaupp-Stein-Jonas, 15.Aufl. 1934, § 817 Bem.IV; Förster-Kann § 817 Bem.5; Schwinge 109; Kaufmann 44.
- 33) Hellwig-Oertmann, System II 323.
- 34) vgl. dazu auch Herb.Schmidt 132. - Von den genannten Ansichten ist wohl diejenige die richtige, welche § 1244 BGB anwenden will. - Strikt gegen den Schutz des guten Glaubens Schönke-Baur 112; Vogel 104; Lücke ZZP 67, 370.
- 35) Stein 77. - Der Hinweis bekräftigt damit zugleich aber auch unsere auf S.39 dargelegte Meinung, daß sich die privatrechtsgestaltenden Akte des Gerichtsvollziehers der Interessenwertung des Privatrechts anzugleichen haben. Wenn der gute Glaube des Erstehers bei mangelnder Pfändung geschützt werden soll, verbietet sich umgekehrt aber auch eine

fehlender Verstrickung zu, bleibt nur die Annahme einer zweistufigen Verwertungsgrundlage möglich: Grundsätzlich beruht die Macht des Gerichtsvollziehers, das Eigentum an der gepfändeten Sache auf den Ersterher zu übertragen, auf der Pfändung; versagt diese aber, so schafft das Gesetz auf der Basis des guten Glaubens des Erwerbers eine subsidiär zur Geltung kommende Verwertungsgrundlage. Eine solche Stufenkonstruktion leuchtet freilich nicht recht ein. Dann wäre es sinnvoller, den Begriff Verwertungsgrundlage überhaupt fallen zu lassen und die Verwertungsmacht des Gerichtsvollziehers von den bisher erörterten Anknüpfungspunkten unabhängig zu gestalten.

Der Anwendbarkeit von Gutglaubensvorschriften bei unwirksamer oder fehlender Verstrickung kann jedenfalls nicht entgegengehalten werden, daß es hier um die Wirksamkeit von Staatsakten geht³⁶⁾. Schon in anderem Zusammenhang wurde für die herrschende Meinung die analoge Anwendbarkeit des § 1244 BGB auf Staatsakte bejaht (Ausschluß des Erwerbes allerdings nur bei positiver Kenntnis des Erstehers³⁷⁾). Derselbe Gedanke läßt sich auch auf den Fall des Mangels einer wirksamen Pfändung übertragen. Dem guten Glauben hinsichtlich des Bestehens eines privaten Pfandrechts bei § 1244 BGB entspricht dann bei der Anwendung dieser Vorschrift auf das Pfändungspfandrecht zugleich auch der gute Glaube bzgl. des öffentlich-rechtlichen Entstehungstatbestandes, der das Pfändungspfandrecht nach sich zieht. Desgleichen deckt

Prämierung des bösen Glaubens, wenn der Erwerber vom Nichtbestehen des Pfandrechts (bei wirksamer Pfändung) Kenntnis hat.

36) Schwinge 109 ist allerdings der Ansicht, in Ermangelung einer wirksamen Pfändung entfalle auch der öffentlich-rechtliche Charakter der Eigentumsübertragung, so daß jetzt für das Privatrecht mit seinem Gutglaubensschutz Platz geschaffen werde. Dagegen Herb.Schmidt 132; Vogel 104; Petschek JW 1931, 2141. Vgl. auch Lücke ZRP 67, 371.

37) Vgl. oben S. 37 ff.

der gute Glaube sonstige Mängel der Veräußerung, sofern nur deren Gültigkeitsbedingungen selbst gegeben sind.^{38) 39)}

Zum selben Ergebnis gelangt auch Bruns⁴⁰⁾, der dabei von der - nicht ganz zutreffenden - Ansicht ausgeht, die herrschende Lehre schließe bei Nichtigkeit der Pfändung eine wirksame Eigentumsübertragung an den Ersteher aus. Die Annahme der Nichtigkeit läßt sich - darauf macht Bruns zutreffend aufmerksam - schwerlich mit der Grundtendenz der gemischt privat-öffentlich-rechtlichen Theorie sowie der öffentlich-rechtlichen Theorie vereinbaren, da beide Auffassungen gemeinsam die hoheitliche Natur der Vollstreckungsakte in starkem Maße herausstellen, mithin auch Wirksamkeit der Staatshandlungen in größtmöglichem Umfang annehmen müssen. Wenn nun aber eine wirksame Veräußerung nur von der Pfändung (oder einem damit unlöslich verbundenen Pfandrecht) abhängen soll, ohne daß auf sonstige "Berechtigungs Voraussetzungen" Rücksicht genommen wird, so scheint die Grenze für den Erwerb zu weit, bei Fehlen der Verwertungsgrundlage dagegen zu eng gezogen zu sein⁴¹⁾.

38) Bruns 91.

39) Gegen diesen Standpunkt, den auch § 887 des E 1931 vertritt, erhebt Herb.Schmidt 134 Note 63 in Form rhetorischer Fragen folgende Einwände: Es sei nicht zu erwünschen, daß der Ersteher, dem der Mangel einer Rechtsvoraussetzung der Veräußerung - etwa der Zustimmung des Titels - bekannt ist, kein Eigentum an der veräußerten Sache erwerben soll. Es sei ratsam, gerade Zweifel über die "Kenntnis" des Erwerbers abzuschneiden, wenn dieser zwar von den Tatsachen erfahren hat, sich aber über ihre rechtliche Bedeutung irrt. Übrigens sei zu beachten, daß der Ersteher einen angemessenen Preis gezahlt habe (- gerade das ist oft zweifelhaft!). Im Fall übler Machenschaften könne dem Verletzten ohnehin mit § 826 BGB geholfen werden. - Dem ist entgegenzuhalten, daß gerade die Kompliziertheit der vollstreckungsrechtlichen Verhältnisse nur in Ausnahmefällen zur Annahme einer "Kenntnis" führen wird, zumal grundsätzlich ja Nichtkenntnis vermutet wird (§ 932 Abs.1 S.1 BGB). Der Unterschied zwischen der Auffassung Herb.Schmidts und der hier vertretenen Ansicht dürfte sich in der Praxis nur in jenen seltenen Fällen "übler Machenschaften" zeigen, welche Bruns dazu bewogen haben, einen unbedingt wirksamen Erwerb auszuschließen. Es ist Bruns 91 darin zuzustimmen, daß

9. Liegt aber einerseits eine Inkonsequenz im Abweichen von der Verwertungsgrundlage, andererseits ebenfalls eine Folgewidrigkeit im starren Festhalten an ihr, bleibt als Ausweg nur übrig, den Begriff der Verwertungsgrundlage zu verwerfen. Auf diesem Wege ist es am einfachsten möglich, das wünschenswerte Ergebnis zu erreichen, § 1244 BGB auch auf den Fall der Versteigerung nicht oder nicht wirksam gepfändeter Sachen anzuwenden. - Die Macht des Gerichtsvollziehers zur Vornahme der Verwertungshandlungen beruht allein auf dem Gesetz, ergibt sich also wie auch seine Macht zur Pfändung einheitlich aus seiner hoheitlichen Stellung als Vollstreckungsorgan⁴²⁾. Seine Übertragungsakte sind ausnahmsweise unwirksam, wenn der Erwerber in der Versteigerung Kenntnis davon hat, daß kein Pfandrecht des Gläubigers zum Entstehen gekommen ist, etwa weil der Pfandgegenstand nicht zum haftenden Vermögen gehört, oder daß die Voraussetzungen einer ordnungsmäßigen Pfandveräußerung (z.B. eine wirksame Pfändung) nicht erfüllt sind⁴³⁾. Selbstverständlich hängen die Verwer-

der Schutz durch §§ 823, 826 BGB in solchen Fällen allzu dürftig ist. Gegen Herb.Schmidt auch Uhrig 78.

40) Bruns 91 f.

41) Bruns 92.

42) Wenn Martin 129 Note 128 gegen diese - auch von Kuchinke vertretene - Ansicht lediglich einwendet, sie stehe im Gegensatz zur publizistischen Pfandrechts- und zur h.L., so ist diese Feststellung zwar durchaus zutreffend, entbehrt aber jeglicher Auseinandersetzung mit der Problematik des Verwertungsvorganges.

43) Im Verzicht auf die Verwertungsgrundlage (nicht aber der Begründung) stimmen wir also mit Herb. Schmidt 132, Petschek JW 1931, 2141 (a.E.), ZZP 42, 395, Kuchinke JZ 1958, 201 und Lent-Jauernig 49 überein (folgewidrig aber, wenn Jauernig wenig später auf S.56 erklärt, die Wirksamkeit der Versteigerung hänge von der Verstrickung ab; Jauernig hält letzten Endes also doch an der Verstrickung als Verwertungsgrundlage fest!). Wie hier Bruns 84, 91 f. Die Begründung des E 1931 nimmt einen ähnlichen Standpunkt ein (vgl. S.440): Beim Mangel einer gültigen Pfändung fehlt es zwar an einer "zwingenden Voraussetzung für die Versteigerung". Die Verwertungshandlung selbst ist aber nicht ungültig, sondern nur nicht rechtmäßig.

tungsakte des Gerichtsvollziehers weiterhin auch davon ab, daß die Veräußerung selbst unter keinem wesentlichen Mangel leidet⁴⁴⁾.

10. Gegen die Aufgabe des Begriffs 'Verwertungsgrundlage' lassen sich kaum ernsthafte Bedenken aus den §§ 806, 814, 816 ZPO herleiten. Diese Vorschriften mögen zwar ausdrücklich von der Verwertung gepfändeter Sachen sprechen. Ihr Wortlaut ist aber zu eng geraten. Sie passen nur auf den Normalfall und drücken die Selbstverständlichkeit aus, daß die Versteigerung im Verfahrensgang der Pfändung nachfolgt⁴⁵⁾. Sollte davon abweichend einmal eine nicht gepfändete Sache durch den Gerichtsvollzieher verkauft werden, so ist die Verwertung - Nichtkenntnis des Erwerbers vorausgesetzt - dennoch wirksam.

Für den Streit um die Rechtsnatur des Pfändungspfandrechts steht damit zunächst ein negatives Ergebnis fest: Die Alternative Verstrickung - Pfandrecht ist falsch gestellt. Sie geht von einem "tertium non datur" aus, während tatsächlich noch eine dritte Möglichkeit besteht, für deren Annahme sehr erhebliche Umstände sprechen - vor allem auch die Parallele aus dem ZVG⁴⁶⁾. Von größerer Tragweite ist indessen die Erkenntnis, daß der starre Schematismus des Begriffs Verwertungsgrundlage es vor allem der öffentlich-rechtlichen **Pfandrechtstheorie in einer Reihe von Fällen unmöglich macht, zu billigenwerten Ergebnissen zu gelangen.**

44) Herb.Schmidt 134; Bruns 91.

45) Börger 21.

46) Ist zur Verwertung gepfändeter Sachen keine "Grundlage" notwendig, so entfällt damit auch ein Einwand, der sich gegen die Annahme der öffentlich-rechtlichen Natur einer Pfandverwertung nach § 1233 Abs.2 BGB richtet. Siehe dazu auch oben S.19. Schwierigkeiten aber bereitet die Veräußerungsbefugnis des Pfandgläubigers.

§ 6 Der Zweck des Pfändungspfandrechts

Wenn die öffentlich-rechtliche Theorie das Pfändungspfandrecht als Grundlage der Verwertung bezeichnet, deutet sie schon damit hin auf eine sehr wichtige Funktion, die dem Pfandrecht zukommen soll. Der Begriff "Verwertungsgrundlage" hat sich in der bisherigen Untersuchung zwar als entbehrlich erwiesen. Die Frage nach dem Zweck des Pfändungspfandrechts behält desungeachtet aber ihre Bedeutung, da das Wesen eines Rechtsinstituts nur von seinem Zweck her bestimmt werden kann.

1. Die Uneinigkeit über den Zweck des Pfändungspfandrechts reicht schon in die Anfänge des Theorienstreits zurück. Mit der Behauptung, das Pfändungspfandrecht verfolge einen anderen Zweck als das Faustpfandrecht, ist immer wieder versucht worden, seinen öffentlich-rechtlichen Charakter zu beweisen. Die Zweckverschiedenheit des durch Vertrag und des durch Pfändung begründeten Pfandrechts war schon das Hauptargument von Demelius¹⁾, Emmerich²⁾ und Bunsen³⁾. Aber auch Anhänger eines privatrechtlichen Pfandrechts messen dem Zweckgedanken eine entscheidende Bedeutung bei⁴⁾.

Bei der Frage nach dem Zweck darf aber eines nicht übersehen werden: Selbst wenn das Ziel des Pfändungspfandrechts nicht mit dem des bürgerlichen Vertragspfandes übereinstimmen sollte, so ist damit noch kein zwingender Schluß auf völlig verschiedene Rechtsnatur beider Institute geboten⁵⁾. Zwar geht Zweckverschiedenheit Hand in Hand mit

1) Demelius 48.

2) Emmerich 527 f.

3) ArchBürgR 29, 28 ff.

4) z.B. Spohr 16; Siber JherJahrb. 50, 93 f, Rechtszwang 157 f; Geib 85.

5) Darauf weisen hin: Smoira 4; Spohr 10; Weidmann 24; Reichmayr 17 ff; Ehrenzweig Grünhutz 25, 151. Vorsichtig: Lüke JZ 1955, 485, Öfftr. Theorie 39; er läßt offen, ob aus der Zweckbestimmung die publizistische Natur des Pfandrechts abzuleiten ist. Petschek 104 will den wirtschaftlichen Zweck als Argument für eine juristische Grenzziehung überhaupt ausscheiden. Das geht zu weit.

Wesensverschiedenheit⁶⁾; gleichwohl bedeutet das aber noch nicht, daß sich die Andersartigkeit des Pfändungspfandrechts dann in seiner Nichtzugehörigkeit zum Zivilrecht zeigen müßte. - So ist es verständlich und keineswegs widerspruchsvoll, wenn es Stimmen gibt, welche als Primärzweck des Pfändungspfandrechts die Befriedigung des Gläubigers ansehen, gleichzeitig aber den zivilrechtlichen Inhalt des Pfändungspfandrechts nicht in Frage stellen. Umgekehrt wäre es allerdings kaum möglich, dem Pfändungspfandrecht einen ganz anderen Charakter als dem Fahrnispfandrecht zuzuweisen, wenn nicht zugleich auch die Verschiedenartigkeit des Wesens auf einer Unterschiedlichkeit des Zwecks beruhen soll.

2. Der Inhalt des Vertragspfandrechts besteht in der Befugnis des Gläubigers, sich aus dem Pfandgegenstand zu befriedigen. Der wirtschaftliche Zweck des Pfandrechts ist aber zunächst nicht Befriedigung, sondern nur dingliche Sicherung für eine gewisse Zeit. Nur für den äußersten, beiden Teilen gleich unerwünschten Fall, so sagt Siber⁷⁾, soll das Pfandrecht auch der Befriedigung des Gläubigers dienen. Die "Rechtsform der Sicherung"⁸⁾ besteht also in dem Recht des Gläubigers, durch Veräußerung Befriedigung aus der Sache zu suchen.

Lücke meint, daß demgegenüber das Pfändungspfandrecht unmittelbar der Befriedigung des Gläubigers dient; "denn es bildet die Grundlage für die Verwertung ..." ⁹⁾. In diesem Satz zeigt sich deutlich die enge Beziehung von "Verwertungsgrundlage" und "Zweck des Pfandrechts" für die öffentlich-rechtliche Theorie - eine Verknüpfung, die aber nichts weiter ist als die Folgerung aus einer bis jetzt unbewiesenen Voraussetzung. Zwar kann Lücke nicht die Sicherungsfunktion des Pfändungspfandrechts überhaupt

6) Vgl. Schwinge 86; Martin 101.

7) Rechtszwang 158.

8) Treffend: v. Lübtow 386.

9) NJW 1954, 1670; siehe auch Öfftr.Theorie 135 f., JZ 1955, 484 f.

leugnen, weil er sonst wohl in Widerspruch zu § 804 Abs.2 und 3 ZPO geriete. Der Sicherungszweck ist für ihn aber als bloße Nebenwirkung dem Befriedigungszweck des gesamten Zwangsvollstreckungsverfahrens untergeordnet¹⁰⁾ 11). Dem liegt der Gedanke zugrunde, daß der Zweck des Gesamtverfahrens unmittelbar auch der Zweck des im Laufe der Zwangsvollstreckung entstehenden Pfandrechts sein müsse. Das Pfandrecht soll bloßes "Mittel zum Zweck" sein¹²⁾.

- 10) Vgl.NJW 1954, 1670; JZ 1955, 485; Öfftr.Theorie 38 f; Amend 14, 28; wohl auch Stein-Jonas § 804 Bem.I und Baumbach-Lauterbach Bem.3 vor § 803, § 804 Bem.1A/B. - Bunsen ArchBürgR 29, 28, 31 sieht Befriedigungs- und Sicherungszweck als gleichwertig an; ähnlich auch Weigelin 2; Spohr 16; Sigrist 38. Dagegen wird eine Sicherung des Gläubigers (auch als Nebenzweck) generell verneint von Demelius 48; Geib 85; Emmerich 255, 527; du Chesne SächsArch 13, 617.
- 11) Amend 14 meint, daß die untergeordnete Sicherungsfunktion des Pfändungspfandrechts nicht den Schluß auf privatrechtliche Wesenszüge nahelegen könne.
- 12) Es ist nicht ganz unbedenklich, als Zweck des Vollstreckungsverfahrens schlechthin Befriedigung des Gläubigers im Sinne einer Erfüllung der Schuld (§ 362 BGB) anzunehmen. Zweifel ergeben sich für die nur vorläufig vollstreckbaren Titel. Eingehend dazu Göring, Die materiellen Wirkungen der vorläufigen Zwangsvollstreckung, ungedr. Diss.Erlangen 1952, S.75 ff. Nach der Meinung von Göring führt die vorläufige Vollstreckung noch nicht zum Untergang des Schuldverhältnisses, sondern kann den Gläubiger nur einstweilen sicherstellen. Das Sicherungsverhältnis dauert dann an bis zur Rechtskraft des Titels bzw. bis zu dessen Aufhebung. Diese Auffassung wird vor allem damit begründet, daß der Gläubiger das Beigetriebene noch nicht endgültig behalten darf (arg. § 717 Abs.2 ZPO). Die Möglichkeit einer Naturalrestitution verträge sich nicht mit einer vorläufigen oder auflösend bedingten Befriedigung. - Die wichtigste Konsequenz besteht dann darin, daß dem Schuldner durch die Vollstreckung nicht die Möglichkeit einer Aufrechnung in der Berufungsinstanz genommen wird (sofern noch eine Aufrechnung nach § 529 ZPO zulässig ist). Gerade in diesem Fall wird die Streitfrage bedeutsam. Vgl. hierzu vor allem auch RGZ 63, 330 ff, wo ausdrücklich die materiell-rechtliche Minderwirkung der vorläufigen Zwangsvollstreckung herausgestellt und damit auch die Möglichkeit einer Aufrechnung begründet wird. - Gegen die Annahme einer bloßen Sicherung des Gläubigers durch die vorläufige Zwangsvollstreckung allerdings die ganz h.M.: Baumbach-Lauterbach Vorb.1 A zu §§ 708-720; Rosenberg 902; Bruns 22; Schöнке-Baur 45 u.a.m. - Anders Hellwig 118. Wir lassen die Frage auf sich beruhen. Folgt man aber

Dieser Gedankengang findet sich in ähnlicher Form schon bei Demelius, der dem Pfändungspfandrecht "Befriedigungsdeckung" zuerkennt, den Zweck des Vertragspfandes hingegen in der "Sicherungsdeckung" sieht¹³⁾. Der geringe Zeitraum zwischen Pfändung und Befriedigung des Gläubigers sei auf rein prozeßtechnische Gründe zurückzuführen¹⁴⁾. "Sachlich ist das ganze Executionsverfahren als Einheit aufzufassen, die Pfändung (gemeint wohl: das Pfandrecht!) somit nicht als vorbereitender Schritt, sondern als pars pro indiviso des ganzen Befriedigungsverfahrens anzusehen."¹⁵⁾ Hier aber gerade melden sich erhebliche Bedenken.

-
- den Ausführungen Görings aaO, so ist der Sicherungseffekt einer vorläufigen Vollstreckung allerdings ein anderer als etwa bei einer Pfandbestellung. Jener wohnt nämlich die Möglichkeit inne, mit Eintritt der Rechtskraft des Titels ohne weiteres in den Zustand der Endgültigkeit überzugehen und damit endlich Befriedigung zu werden.
- 13) Demelius 48 f. - Vgl. hierzu Reichmayr 17 ff. Allzu leicht macht sich Kelleter 56 die Kritik an den Ausführungen von Demelius. Die Differenzierung nach dem Zweck entspreche nicht dem "Geist der ZPO". Aus § 804 Abs. 2 lasse sich die "Gleichschaltung" (1933!) der beiden Pfandrechte entnehmen. - Falsch ist es auch, wenn Schroeter 11 sagt, die öffentlich-rechtliche Theorie verkenne, daß die Entstehung des Pfändungspfandrechts dem Gläubiger noch keine Befriedigung gewähre. Befriedigungszweck und Eintritt der Befriedigung sind zweierlei! Denselben Fehler begeht auch Braun 4 f: Die konsequente Durchführung des Gedankens vom Befriedigungszweck müsse zu dem Ergebnis führen, daß ein freiwillig nach der Pfändung zahlender Schuldner das Gezahlte nach § 812 BGB wieder herausverlangen könne.
- 14) Siber, Rechtszwang 158, bezeichnet die Zeit zwischen Pfändung und Verwertung als notwendiges Übel, "das an dem Charakter der Vollstreckungshandlung als einer sofortigen Befriedigung und nicht nur Sicherung bezweckenden nichts ändert". - Auch Lücke weist auf die kurze Existenz des Pfandrechts hin: NJW 1954, 1670.
- 15) Demelius 48.

3. Mit aller Deutlichkeit hat Schwinge¹⁶⁾ herausgestellt, daß der Gedanke keineswegs zwingend sei. Schwinge, dessen Ausführungen auch von Lüke nicht widerlegt werden konnten¹⁷⁾, betont mit Recht, daß die öffentlich-rechtliche Theorie den unmittelbaren Zweck des Pfändungspfandrechts übersieht, nämlich die Sicherung des Gläubigers in der Zeit zwischen Beschlagnahme und Pfandverwertung. Stattdessen erhebt sie das Endziel des normalen Zwangsvollstreckungsverfahrens zum Zweck des Pfandrechts, die Herbeiführung der geschuldeten Leistung. "Man darf aber ... nicht den Zweck des ersten Aktes mit dem des Gesamtverfahrens gleichsetzen!"¹⁸⁾ Die Aufgabe des Pfändungspfandrechts sei genauso Sicherung des Gläubigers wie beim vertraglichen Pfandrecht, wenngleich auch das erstere in der Regel kürzere Lebenszeit hat als das letztere¹⁹⁾.

4. Ob der Sicherungszweck des Pfändungspfandrechts für die gemischt privat-öffentlich-rechtliche Theorie wirklich genau der gleiche ist, erscheint allerdings nicht ganz unproblematisch. Geht man nämlich von der Voraussetzung aus, daß das Pfändungspfandrecht der herrschenden Meinung mit keiner Verwertungsbefugnis ausgestattet ist, welche doch gerade beim Faustpfand den Inhalt der Sicherung ausmacht, so muß der inhaltlichen Verschiedenheit der Pfandrechte zumindest eine unterschiedliche Zielrichtung der Sicherung entsprechen.

16) Schwinge IX, 86; dem haben sich angeschlossen Weidmann 13, Herb.Schmidt 22 und Martin 102.

17) Vgl. hierzu Lüke JZ 1955, 485; Öfftr.Theorie 39 f.

18) Ähnlich auch Herb.Schmidt 22.

19) Nebenbei sei nur bemerkt, daß auch bürgerliche Pfandrechte unter Umständen nur von kurzer Dauer sein können. Das gilt vor allem für die gesetzlichen Pfandrechte des Handelsrechts. Die Kürze der Zeit ist also kein Grund, das Interesse an dinglicher Sicherung für eine kritische Zeit zu leugnen. Auch ein Vertragspfandrecht kann primär der Befriedigung dienen, wie Herb. Schmidt 22 zutreffend feststellt - etwa, wenn der Schuldner dem drängenden Gläubiger einen Gegenstand mit der Abrede verpfändet, sich alsbald daraus zu befriedigen.

Im Schrifttum ist darauf aufmerksam gemacht worden²⁰⁾, daß sich der Sicherungseffekt beim Vertragspfand zunächst gegen den Pfandeigentümer richtet, der nur noch ein mit dem Fremdrecht belastetes Eigentum übertragen kann²¹⁾. Beim Pfändungspfandrecht nimmt aber schon der Beschlagnahmeakt, welcher dem Schuldner das Veräußerungsverbot auferlegt, den Schutz des Gläubigers vor Veräußerungsgeschäften des Pfandeigentümers wahr. Die Folge davon ist, daß sich die Sicherungsfunktion des Pfändungspfandrechts einengt auf die Rangsicherung gegenüber den Mitgläubigern²²⁾ - eine Aufgabe, welche beim Fahrnispfandrecht regelmäßig nicht so sehr im Vordergrund stehen wird. - Solche mehr oder weniger feinen Unterschiede in der Zielrichtung der Sicherung sind aber kaum geeignet, den Schluß auf eine völlig andere Rechtsnatur des Pfändungspfandrechts zuzulassen.

5. Während die öffentlich-rechtliche Theorie nicht über das Argument vom Gesamtzweck des Vollstreckungsverfahrens hinausgekommen ist, können Stein und Schwinge sich auf eine Reihe von Umständen berufen, welche gegen die Identität der Zwecke von Gesamtverfahren und Pfändungspfandrecht sprechen.

Schwinge weist auf die Zwangssicherungshypothek hin²³⁾. Eine bloße Sicherung des Gläubigers steht hier

20) Weidmann 14.

21) Gutgläubig - lastenfreier Erwerb ausgenommen.

22) Auch Bruns 84 bemerkt, daß die hoheitliche Beschlagnahme schon die Sicherungsfunktion übernimmt. Das gilt jedoch nicht im Verhältnis mehrerer Gläubiger untereinander. Vgl. ferner Martin 108 ff. Martin erkennt zwar richtig, daß auch für die h.M. ein Unterschied in der Sicherungsfunktion von Pfändungs- und Vertragspfandrecht besteht; falsch ist es aber, wenn Martin dann meint (S. 110), wegen der Verstrickung könne einem privatrechtlichen Pfändungspfandrecht überhaupt keine Sicherungswirkung mehr zukommen. Siehe auch Martin 119.

23) Schwinge 86. Vgl. auch Smoira 4 Note 4 und Petschek 104.

offenbar ganz im Vordergrund. Mit Eintragung der Hypothek ist das hoheitliche Vollstreckungsverfahren zunächst einmal beendet²⁴⁾.

Mag Lücke auch - von seinem Standpunkt aus zwar einigermassen konsequent - der Zwangshypothek privatrechtlichen Inhalt zuerkennen²⁵⁾, da sie als Vollstreckungsmaßnahme auf Dauer gerichtet ist und allein der Sicherung des Gläubigers dient (im übrigen auch nicht Verwertungsgrundlage sein kann), so will es doch nicht recht einleuchten, wieso ein Vollstreckungspfandrecht an beweglichen Sachen publizistischer Natur sein soll, während es bei unbeweglichen Sachen dem Privatrecht angehört.

6. Aber noch weitere Anhaltspunkte erhärten die These der gemischt-rechtlichen Auffassung, daß dem Pfändungspfandrecht gegenüber dem Vertragspfand kein "Sonderzweck" zukommt.

Schon Stein hat auf das Arrestpfand und auf § 720 ZPO hingewiesen²⁶⁾. - Wenn § 930 Abs.1 S.2 ZPO ausdrücklich auf § 804 ZPO verweist, ist schwerlich

24) Hält man mit der h.M. (so Rosenberg 1069 mit Literaturnachweisen) später dann noch einen dinglichen Titel für erforderlich, damit der Gläubiger Befriedigung aus dem Grundstück suchen kann, so bedeutet die spätere Grundstücksverwertung ein völlig neues Zwangsvollstreckungsverfahren. Die Gegenansicht, welche insbesondere vertreten wird von Stein-Jonas § 866 Bem.II (Lit.Nachw.in Note 5), muß folgerichtig im späteren Zwangsversteigerungsverfahren die Fortführung des alten Vollstreckungsverfahrens sehen, welches durch die Hypothekeneintragung nur vorläufig unterbrochen worden ist. Vgl. auch Stein-Jonas § 867 Bem.III 7.

25) NJW 1954, 1670 f; Öfftr.Theorie 133 ff. Ebenso Baumbach-Lauterbach § 867 Bem.2B; Amend 27 f. Eine öffentlich-rechtliche Auffassung von der Zwangshypothek ist nur im älteren Schrifttum zu finden. Lit.Nachw.bei Lücke aaO.

26) Stein 30 f. Offenbar wurde der knappe Hinweis Steins von seiten der öffentlich-rechtlichen und der abstrakt-privatrechtlichen Theorie als unwesentlich abgetan. Kaum ein Vertreter dieser Ansichten äußert sich dazu - Ausnahme eine Bemerkung Weidmanns 13, ausführlicher Amend 98 ff (aber nur zum Arrestpfand) und Martin 102 f. Aber auch die Anhänger der h.M. befassen sich nur kurz mit dem Hinweis. So z.B. Schwinge 87; Herb.Schmidt 22 f.

zu bezweifeln, daß es sich grundsätzlich um dieselbe Institution wie das gewöhnliche Pfändungspfandrecht handelt²⁷⁾. In aller Regel ist eine Verwertung beim Arrestpfandrecht ausgeschlossen (§ 930 Abs.3). In ihm erkennt die ZPO ein Pfändungspfandrecht an, welches unbestreitbar nicht die Befriedigung des Gläubigers bezweckt, sondern ausschließlich der Sicherung dient. Von einem Recht zur Pfandverwertung und einem daraus resultierenden Befriedigungszweck des Pfandrechts kann von seiten der öffentlich-rechtlichen Theorie also erst gesprochen werden, nachdem der Gläubiger einen ordentlichen Vollstreckungstitel erstritten hat²⁸⁾. Mithin liegt die Vermutung nahe, daß es sich (von Lükess Standpunkt aus) beim Arrestpfand zunächst - gleichsam als Gegenstück zur Zwangssicherungshypothek - um ein privatrechtliches Pfandrecht handelt, welchem aber die Fähigkeit innewohnt, sich in kühner Metamorphose später in ein "normales" öffentlich-rechtliches Pfändungspfandrecht zu verwandeln. Was zunächst materiell war, wird dann formell; was ein privates dingliches Herrschaftsrecht an dem gepfändeten Gegenstand war, müßte sich nach Lükess Auffassung in eine öffentlich-rechtliche Doppelbefugnis verflüchtigen. Konnte bei der Arrestpfändung aber nach zivilrechtlichen Grundsätzen kein Pfandrecht entstehen (etwa weil die Sache dem Schuldner

27) Martin 103 sieht in der mangelnden Befriedigungsfunktion des Arrestpfandes allerdings nur ein "wesentliches Merkmal des Arrestverfahrens".

28) Sehr umstritten ist, ob es dann noch einer Vollstreckungsklausel und einer Zustellung bedarf, um das Arrestpfand in ein gewöhnliches Vollstreckungspfand umzuwandeln. In diesem Sinne RGZ 121, 349 (351 f); Stein-Jonas § 930 Bem. IV 1; Baumbach-Lauterbach § 930 Bem. 1 B. Dagegen Rosenberg 1099 (mit Lit.Nachw.); Bruns 233; Schönke-Baur 195; Lent-Jauernig 110. - Vom Standpunkt der gemischt-rechtlichen Theorie ist aber allein richtig, daß eine Umwandlung nicht in Frage kommt, da das Pfändungspfandrecht sowieso nicht Träger einer Verwertungsbefugnis sein kann. Zutreffend daher die Bemerkung von Stein 30, das Pfändungspfandrecht sei "ein und dasselbe, auch wenn es bei Vollziehung eines Arrests entsteht". Ebenso Schwinge: 87.

nicht gehört), so wird nachträglich das öffentlich-rechtliche Pfändungspfandrecht aus dem Nichts geboren.

Diesen Schwierigkeiten glauben Amend und Martin aus dem Wege zu gehen. Beide sehen das Arrestpfand als öffentlich-rechtlich und formell an 29). Amend lehnt ausdrücklich die Parallele zur Zwangssicherungshypothek ab. Er argumentiert folgendermaßen: Während das Pfändungspfandrecht einen Verwertungs- und Befriedigungsanspruch des Gläubigers und das staatliche Verwertungsrecht auslöse, führe die Arrestvollziehung nur zur Sicherung, nicht aber zur Befriedigung des Gläubigers. Der Arrest verschaffe lediglich einen formellen Anspruch gegen den Staat auf Arrestvollziehung 30). Ganz ähnlich führt Martin aus, das Vollstreckungsorgan sei auf Grund des Arrestbefehls lediglich zur Pfändung, nicht aber zur Verwertung verpflichtet 31). - Der Ausgangspunkt von Amend und Martin legt an sich die Folgerung nahe, daß für die publizistische Theorie das Arrestpfand einen anderen Inhalt haben muß als das gewöhnliche Pfändungspfandrecht. Martin entzieht sich aber gerade dieser Konsequenz. Er behauptet vielmehr, das Arrestpfand stelle sich inhaltlich als gewöhnliches Pfändungspfandrecht dar, welches aber kraft des Arrestvollziehungsanspruches (noch) nicht als Verwertungsgrundlage benutzt werden dürfe. Wenn Martin freilich mit dem formellen Arrestpfandrecht eine Verwertungsfunktion verbindet, die nicht erst von der Erlangung oder Zustellung eines Titels in der Hauptsache abhängt, so erscheint dieser Standpunkt unhaltbar. Unerklärlich bleibt, wieso ein Arrestpfand zwar nicht verwertet werden darf, dennoch aber Träger einer irgendwie gearteten Verwertungsfunktion sein soll. - Damit steht fest, daß die öffentlich-rechtliche Pfandrechts-theorie, wenn sie konsequent sein will, - allen gegenteiligen Behauptungen zum Trotz - eine inhaltliche Differenzierung zwischen Arrestpfand und gewöhnlichem Pfändungspfandrecht vorzunehmen genötigt ist. So bleibt aber überhaupt fraglich, was nun Inhalt des Arrestpfandes sein soll 32).

Amend meint, sich damit behelfen zu können, daß er das Arrestpfandrecht gewissermaßen als leere Hülse darstellt, deren Inneres sich erst mit dem Erwerb eines vollstreckungsreifen Titels zu einem echten Pfändungspfandrecht ausfüllt. "Das Arrestpfandrecht ist gleichsam die Hülle

29) Amend 100; Martin 103, 227 Note 90.

30) Amend 98.

31) Martin 227 Note 90.

32) Vgl. den ganz entsprechenden Einwand v.Lübtows 349 gegen RGRK § 1204 Bem.10.

des Pfändungspfandrechts"³³⁾. Amend leugnet also die Gleichartigkeit von Pfändungspfandrecht und Arrestpfand, er arbeitet mit zwei völlig verschiedenen Begriffen. Damit setzt er sich zunächst großzügig über die Vorschrift des § 930 Abs.1 Satz 2 ZPO hinweg, der genauso wie § 804 Abs.1 ein Pfandrecht entstehen läßt, welches nicht nur in den Wirkungen gegenüber Dritten mit dem gewöhnlichen Pfändungspfandrecht übereinstimmen soll, sondern auch seinem wesentlichen Inhalt nach 34). Darüber hinaus aber würde gerade das Fehlen der so sehr bemühten "schlechthin typischen Verwertungsbefugnis" beim Arrestpfand dazu führen, dem Gesetz eine - zudem noch überflüssige - Fiktion zu unterstellen: Das Pfandrecht des § 930 ZPO kann kein wirkliches Pfandrecht sein!³⁵⁾ - Der Gedankengang Amends ist letzten Endes der: Weil das Pfändungspfandrecht öffentlich-rechtlich und formell ist, das Arrestpfand sich aber in ein solches verwandeln läßt und umgekehrt sich ein Vollstreckungspfand in ein Arrestpfand zurückbilden kann, muß dieses ebenso wie jenes formell und publizistisch sein 36). Dabei bleibt freilich ungeklärt, wieso der doch gerade nicht vorhandene Inhalt des Arrestpfandrechts sich dem formellen Recht zuordnen läßt. Die bloß bürgerlichrechtlichen "Außenwirkungen" eines Pfandrechts reichen zu einer solchen Annahme jedenfalls nicht aus. - Richtig wäre es gewesen, wegen § 930 Abs.1 Satz 2 ZPO von der Inhaltsgleichheit der beiden Pfändungspfandrechte auszugehen und von dort aus die gemeinsame Zweckrichtung zu bestimmen.

- 33) Amend 99. Vgl. auch die Bemerkung von Stein-Jonas § 930 Bem. IV 1 (ebenso Lent-Jauernig 110): Zur Sicherungsfunktion der Arrestvollziehung trete die Verwertungsfunktion der gewöhnlichen Zwangsvollstreckung hinzu, das Pfandrecht erwerbe neben der Eigenschaft als Arrestpfand diejenige als Vollstreckungspfand. Ähnlich auch Baumbach-Lauterbach § 930 Bem. 1 B.
- 34) Insoweit ist Martin 227 Note 90 voll zuzustimmen.
- 35) Versteht man das Pfändungspfandrecht als bloßes Recht auf Befriedigung aus der Sache (also losgelöst von einer Verwertungsbefugnis), so ist es nicht notwendig, sich wie die publizistische Theorie an eine Fiktion zu klammern. Das Arrestpfand fügt sich mühelos in die Rechtsfigur des "Anrechts" (i.S.v. Lübtows) ein. Arrestpfand und Vollstreckungspfand sind ihrem Inhalt nach identisch, eine "Umwandlung" erübrigt sich mithin (vgl. oben S. 70 Note 28). § 930 Abs. 2 und 3 ZPO verstehen sich dann lediglich als Verbot an die Organe des Staates, die gepfändete Sache schon jetzt zu veräußern bzw. einen Erlös an den Gläubiger abzuführen. Denn weil die Verwertungsbefugnis nicht zum Begriff des Pfändungspfandrechts gehört, haben diejenigen Bestimmungen, welche sich auf die Pfandveräußerung beziehen, keinen Einfluß auf das Wesen des Pfandrechts. (Falsch daher die Äußerung von Schönke-Baur 195, der Gläubiger erhalte durch den Vollstreckungstitel die Befugnis, die gepfändete Sache zu verwerten). Die einzige Änderung, welche mit Erlangung eines Titels im Hauptverfahren (bzw. der Zustellung) eintritt, ist der Wegfall des

Auch die publizistische Pfandrechtstheorie kommt nicht an der Erkenntnis vorbei, daß das Arrestpfand allein der Sicherung des Gläubigers dient³⁷⁾. Selbst in den Ausnahmefällen des § 930 Abs.3 ZPO, in denen also eine Verwertung zulässig ist, gilt nichts anderes³⁸⁾. Denn eine solche Verwertung führt eben noch nicht zur Befriedigung des Gläubigers. Der Erlös wird vielmehr hinterlegt; am Erlös setzt sich das Arrestpfand fort³⁹⁾. Wer sich beim Pfändungspfandrecht wesentlich auf das Argument des Befriedigungszwecks stützt⁴⁰⁾, müßte sich von demselben Gedanken billigerweise auch beim Arrestpfand leiten lassen. Da dieses wie das Faustpfand die Sicherung des Gläubigers bezweckt, erscheint die Annahme von bürgerlichrechtlichem Charakter zumindest des Arrestpfandes als sehr naheliegend (ebenso wie bei der Zwangshypothek)⁴¹⁾.

7. Ähnlich wie beim Arrestpfand liegen die Dinge auch bei § 720 ZPO. Erlaubt das Gericht nach § 713 Abs.2 ZPO

genannten Verbots, was aber das Pfandrecht nicht berührt. Daher ist es durchaus berechtigt, wenn Martin 227 Note 90 (228) an die Vertreter der h.M. die Frage richtet, warum sie überhaupt eine Unterscheidung zwischen "Arrest"pfandrecht und "Vollstreckungs"pfandrecht treffen.

36) Amend 100 bes.deutlich.

37) Vgl.Stein-Jonas § 930 Bem.IV 1.

38) Wenig überzeugend die Erklärung von Amend 99, bei § 930 Abs.3 verleihe der die Versteigerung anordnende Beschluß des Vollstreckungsgerichts dem Arrestpfandrecht mit "rechtsgestaltender Wirkung" den Charakter eines Verwertungsrechts. Da es sich aber nur um eine Ermessensentscheidung handle, könne nicht gleichzeitig ein Verwertungsanspruch des Gläubigers (i.S.der Lehre vom doppelten Verwertungsrecht), folglich auch kein "echtes" Pfändungspfandrecht entstehen. Die Doppelung des Begriffs des Pfändungspfandrechts genügt Amend also anscheinend nicht, da er noch eine dritte Art von Pfändungspfandrecht hervorbringt.

39) Genauer: am Anspruch des Schuldners auf Rückerstattung des ins Eigentum des Fiskus übergegangenen Hinterlegungsbetrages. Vgl.dazu Stein-Jonas § 804 Bem.V 3; Sydow-Busch § 720 Bem.3 (ungenau § 923 Bem.3); ferner Baumbach-Lauterbach § 805 Bem.4 B; RG JW 1913,101(103).

40) Amend 14, 28.

41) Die Arrestzwangshypothek soll im Gegensatz zum Arrestpfand wiederum privatrechtlich sein. Amend 101.

der unterliegenden Partei, die Vollstreckung durch Sicherheidsleistung abzuwenden, so dient hinterlegtes Geld (gepfändetes Geld oder Erlös gepfändeter Gegenstände) noch nicht der Befriedigung des Gläubigers. Selbst wenn also der Schuldner noch nicht Sicherheit geleistet hat, darf der Gerichtsvollzieher schon auf Grund des bloßen Vorbehaltes nach § 713 Abs.2 ZPO nicht zur Befriedigung des Gläubigers schreiten, (§§ 720, 815 Abs.3, 817 Abs.4, 819, 839 ZPO⁴²⁾). Das Pfandrecht des Gläubigers an der Forderung des Schuldners gegen den Fiskus⁴³⁾ bezweckt allein die Sicherung des Gläubigers. Erst nachdem die Sicherheitsleistung durch den Schuldner tatsächlich erfolgt ist, sind die Vollstreckungsmaßnahmen gemäß §§ 775 Ziff.3, 776 ZPO aufzuheben.

8. An den §§ 930, 720 ZPO scheinen auch jene Autoren vorbeigegangen zu sein, welche das Pfändungspfandrecht trotz seines "Sonderzwecks" als privatrechtlich ansehen⁴⁴⁾. Solange man auf Grund der Zweckverschiedenheit dem Pfändungspfandrecht noch nicht öffentlich-rechtliche Natur zuschreibt, fällt es gewiß weniger schwer, in den genannten Vorschriften Ausnahmen von der Regel zu sehen. Insofern verlieren die beiden Fälle eines offensichtlich reinen Sicherungspfändungspfandrechts (im Verhältnis zur öffentlich-rechtlichen Lehre) etwas an Schärfe.

Aber nicht nur die §§ 930, 720 ZPO bereiten einem privatrechtlichen "Befriedigungspfandrecht" Schwierigkeiten; im wesentlichen liegen auch dieselben Ungenauigkeiten in der Beweisführung vor wie bei der öffentlich-rechtlichen Theorie. Das gilt vor allem für den unbewiesen gebliebenen Satz, daß der Zweck des Gesamt-

42) Vgl. auch Rosenberg 903; Baumbach-Lauterbach § 720 Bem.1; Stein-Jonas § 713 Bem.II, § 720 Bem.I; BGHZ 7, 398 (399); 12, 92 (93).

43) Vgl. Note 39.

44) Vgl. oben S. 63 Note 4.

verfahrens auch das Pfandrecht unter seine Zielrichtung zwingt. Die Argumentationslücke von Demelius pflanzt sich also auch hier fort⁴⁵⁾: Durch das Pfandrecht solle die Änderung der materiellen Rechtslage eingeleitet und die Befriedigung des Gläubigers ermöglicht werden⁴⁶⁾.

Ähnliches gilt aber auch für den Gedanken Sibers⁴⁷⁾, die Pfandbestellung sei das Korrelat einer Kreditierung, die Pfändung erfolge aber erst dann, wenn der Gläubiger endgültig nicht mehr kreditieren will. - Mag der Gläubiger in der Zwangsvollstreckung auch nicht an Sicherung denken, so hindert das die Rechtsordnung noch nicht, dem Pfändungspfandrecht einen Zweck zugrunde zu legen, welcher von den auf das Endziel des Zwangsvollstreckungsverfahrens gerichteten Erwartungen des Gläubigers verschieden ist. Sicherlich ist zuzugeben, daß im Fall der Pfändung von Bargeld der Sicherungszweck des Pfandrechts so gut wie gar nicht hervortritt⁴⁸⁾. Trotzdem ist er aber auch hier latent vorhanden, obgleich für eine in der Regel sehr kurze Zeit. Siber verallgemeinert nun den vermeintlichen Befriedigungszweck bei

45) Vgl. Weigelin 2. - Spohr 16 schreibt, der Inhalt des Pfändungspfandrechts könne wie dessen Natur nur aus dem letzten Zweck des Vollstreckungsprozesses erkannt werden. Richtigerweise hätte Spohr jedoch nach dem Zweck des Pfandrechts im Zwangsvollstreckungsverfahren fragen müssen.

46) Spohr 16, der dem Befriedigungszweck genauso wie Weigelin aber auch einen Sicherungszweck an die Seite stellt.

47) Siber, Rechtszwang 158. Siehe auch JherJahrb. 50, 93 f. Er gibt allerdings auch die alleinige Sicherungsfunktion des Arrestpfandes und der Sicherungshypothek zu. Siber beschäftigt sich mit dem Pfändungspfandrecht nur im Zusammenhang mit der Anwendbarkeit des § 30 Nr. 2 KO, ohne weiter auf das rechtliche Wesen des Pfändungspfandrechts einzugehen.

48) Es ist freilich umstritten, ob bei Pfändung von Geld überhaupt ein Pfandrecht entsteht. Siehe dazu Lent-Jauernig 54 f und Rosenberg 1007 f (mit Lit. Nachw.).

Geldpfändungen⁴⁹⁾: "Die Befriedigung durch Vollstreckung bleibt ihrem Wesen nach gleich, mag sie sofort oder erst durch ein mehr oder weniger umständliches Verfahren durchgeführt werden". Siber sieht in dem Nebenzweck des Pfandrechts, der Sicherung des Gläubigers, "nur eine angenehme Seite des nothwendigen Übels, daß die Befriedigung aus Sachen eine gewisse Zeit erfordert".

9. Zusammenfassend läßt sich sagen: Die Gegner der gemischt privat-öffentlich-rechtlichen Theorie sind den Nachweis für die Behauptung schuldig geblieben, daß ein grundsätzlich anderer Zweck das Pfändungspfandrecht vom Fahrnispfand des bürgerlichen Rechts unterscheidet. Zwar scheint ihre These vom Sonderzweck für den Normalfall des Pfändungspfandrechts zunächst einiges für sich zu haben. In Randfällen, denen bislang nicht genügend Beachtung geschenkt wurde, wäre es jedoch notwendig, in unglaublichen Konstruktionen Zuflucht zu suchen. Demgegenüber geht die herrschende Meinung, welche sich für eine reine Sicherungsfunktion des Pfändungspfandrechts ausspricht, solchen Schwierigkeiten aus dem Weg, zumal sie an einem einheitlichen Begriff der durch Pfändung begründeten Pfandrechte festhalten kann. Das Abweichen in der Zielrichtung der Sicherung vom Faustpfandrecht ist aber so unwesentlich, daß es nicht als Grundlage für den Schluß auf ver-

49) Genau die Umkehrung dieses Gedankens findet sich bei Schwinge 86: "Das Pfändungspfandrecht tritt ... gerade dann ein, wenn die Vollstreckung wegen Mangels an Barmitteln nicht zur (gemeint wohl: sofortigen) Befriedigung führen kann, um den Gläubiger wenigstens vorläufig sicherzustellen". Lükess Kritik an diesem Satz (JZ 1955, 485; Öfftr.Theorie 40) beruht auf einem Mißverständnis: Das Pfandrecht sei auch für den Fall gedacht, daß der Schuldner nicht freiwillig zahlt und deshalb zur Befriedigung des Gläubigers Gegenstände des Schuldners verwertet werden müssen. Das wird von niemandem in Frage gestellt. Schwinge meint etwas ganz anderes - nämlich den Fall, daß eine Vollstreckung in bares Geld nicht möglich ist und daher zur Pfändung anderer Gegenstände geschritten werden muß.

schiedene Rechtsnatur dienen kann⁵⁰⁾. Die grundsätzliche Übereinstimmung im Zweck ist vielmehr ein Hinweis auf privatrechtlichen Charakter des Pfändungspfandrechts.

50) Das erkennt insbes. Martin 110.

§ 7 Das Pfändungspfandrecht als Bestandteil des öffentlich-rechtlichen Verfahrens der Zwangsvollstreckung

1. Wenn bisher schon maßgebliche Gesichtspunkte für ein bürgerlichrechtliches Pfandrecht sprechen, liegt der Einwand nahe, daß ein solches Pfandrecht schwerlich in den Rahmen eines öffentlich-rechtlichen Verfahrens passe. So ist denn im Schrifttum wiederholt der Versuch unternommen worden, gerade das Wesen des Vollstreckungsverfahrens als Argument für den publizistischen Charakter des Pfändungspfandrechts heranzuziehen. An sich ein einfacher Gedanke: Wenn das ursprünglich privatrechtlich verstandene Verfahren später als öffentlich-rechtlich erkannt oder dazu gemacht wird, so kann davon auch das Pfändungspfandrecht nicht unberührt bleiben, da dessen "Rechtsnatur untrennbar verknüpft ist mit dem Wesen der Zwangsvollstreckung. ... Ein privatrechtliches Pfändungspfandrecht wäre geradezu ein Fremdkörper in dem geradlinigen öffentlich-rechtlichen Aufbau der Zwangsvollstreckung." Diese Sätze Lükés¹⁾, denen sich auch Amend²⁾ und Martin³⁾ angeschlossen haben, geben jedoch zu Zweifeln Anlaß⁴⁾.

2. Denn mit demselben Recht ließe sich - gewissermaßen von der entgegengesetzten Position herkommend - mit Spohr die Behauptung aufstellen: Das Vollstreckungsverfahren dient der Verwirklichung bürgerlichrechtlicher Ansprüche; daher muß das Pfandrecht als "Vorstufe

1) Lüke JZ 1957, 241; Öfftr.Theorie 17 f; Schiedermaier AcP 159, 90. Ähnlich schon Kaufmann 26 im Anschluß an Freudenberg 27.

2) Amend 5 f. Die Folgerung aus dem Gesamtcharakter der Zwangsvollstreckung, nur ein öffentliches Recht sei als "Verwertungsrecht" geeignet, hat sich schon in anderem Zusammenhang als falsch erwiesen. Vgl. oben S.52.

3) Martin 118.

4) Ablehnend auch Kuchinke JZ 1958, 199, der zunächst mit Lükés Gedanken des Funktionszusammenhangs gespielt hat (aaO). Siehe auch Arndt MDR 1961, 370.

der Realisierung" privatrechtlicher Natur sein⁵⁾. Man könnte also im Pfändungspfandrecht eine "Vorbereitung" des späteren privaten Eigentums erblicken. Und ferner: Weil das Eigentum des Schuldners privatrechtlicher Natur ist, muß ebenso auch ein das Eigentum beschränkendes dingliches Recht privatrechtlicher Natur sein⁶⁾. Die Thesen Spohrs erinnern an die Lehre von Kohler, der Eingriff des öffentlichen Rechts in das bürgerliche könne nur in der Weise geschehen, daß wieder bürgerliche Rechtsfolgen entstehen⁷⁾.

Es zeigt sich also, daß sich die Gedanken des privaten und des öffentlichen Funktionszusammenhangs gegenüberstehen. Beide bringen aber die Lösung des Problems um keinen Schritt weiter.

3. Wenn auch sicher ist, daß als Endergebnis der Vollstreckung aus der Hand des Gerichtsvollziehers zivilrechtliches Eigentum entsteht, so beweist das noch nicht, daß ein solches Eigentum auch schon durch ein entsprechend zivilrechtliches Pfandrecht eingeleitet werden müßte. Wo genau die Grenzlinie zwischen öffentlichem und privatem Recht in der Zwangsvollstreckung zu ziehen ist, insbesondere ob es dabei auch zu einer Überlagerung beider Rechtskreise kommen kann, ist gerade das Problem. Die Vor- oder Rückverlegung der Grenze darf man dabei nicht mit bloßen Behauptungen fundieren, wie es Spohr - nicht minder aber auch Lücke - tut.

Lücke erkennt, daß der öffentlich-rechtliche Gesamtcharakter der Zwangsvollstreckung nicht Anlaß gibt, daraus schon die Unmöglichkeit der Entstehung eines bürgerlichen Pfandrechts zu begründen. Mit Hilfe dieser

5) Spohr 7; ähnlich auch Weidmann 23 f. Dem Gedanken scheint auch Kuchinke nahezustehen: JZ 1958, 199. Mit Recht gegen Spohr: Martin 117.

6) Spohr 7.

7) Kohler GrünhütZ 33, 561; vgl. auch 571: Die prozessuale Tätigkeit bei der Zwangsvollstreckung bewege sich in der Erzeugung und Weiterentwicklung eines Wertrechts.

Logik ließe sich dann auch bestreiten, daß öffentliches Recht jemals privatrechtliche Erfolge hervorbringt. Gewiß hat sich noch Otto Mayer temperamentvoll gegen die logische Möglichkeit "öffentlich-rechtlicher Institute mit unmittelbarer zivilrechtlicher Wirkung" gewandt⁸⁾. Trotzdem aber hat sich die "Kombination von öffentlich-rechtlicher Gestaltungsform und privatrechtlichem Gestaltungsgegenstand"⁹⁾ in einem Maße durchgesetzt, daß sie aus dem modernen Verwaltungsrecht nicht mehr wegzudenken ist. Kann aber privates Eigentum das Endergebnis eines öffentlich-rechtlichen Verfahrens sein, so vermag auch ein bürgerliches Pfandrecht schon im Laufe des Vollstreckungsverfahrens aufzutreten; es kann auch als materielles Recht aus "prozessualer Qualifikation" erwachsen¹⁰⁾. Im Zusammenhang mit dem Pfändungspfandrecht hat übrigens schon Schwinge¹¹⁾ auf den Begriff des privatrechtsgestaltenden Hoheitsaktes hingewiesen.

4. Es ist notwendig, noch kurz dem Gedanken zu folgen, ob nicht aus dem Streit um das öffentlich-rechtliche Eigentum Argumente für oder gegen die publizistische Natur eines Pfändungspfandrechts zu entnehmen sind. Zwar mag die Lehre Otto Mayers¹²⁾ zunächst als ganz ähnlicher Versuch erscheinen, eine ursprünglich privatrechtliche Einrichtung ins Öffentlich-rechtliche zu übersetzen¹³⁾. Bei genauerer Prüfung wird jedoch deutlich, daß die Verwandtschaft von öffentlichem Eigentum und öffentlichem Pfändungspfandrecht nur sehr oberflächlich ist. Völlig verkehrt wäre es daher auch, etwa Lükess

8) Otto Mayer I, 118.

9) E.R. Huber I, 76.

10) Bruns ZZP 64, 327.

11) Schwinge 10; vgl. auch Stein 30, Börger 9, Sigrist 34.

12) Otto Mayer II, 39 ff.

13) Vgl. dazu auch die berühmte Antrittsrede von Fleiner, Über die Umbildung zivilrechtlicher Institute durch das öffentliche Recht, 1906.

Pfändungspfandrecht in ein "öffentliches Sachenrecht"¹⁴⁾ einzubauen. - Die Lehre vom öffentlichen Eigentum beruht zunächst - wie auch die ältere Doktrin des "domaine public" - auf der römisch-rechtlichen Vorstellung, daß die öffentliche Sache nicht Gegenstand eines Eigentumsrechts sein kann. Sie ist "insusceptible de propriété"¹⁵⁾. Der Gedanke der Zweckbindung der öffentlichen Sachen in der Hand der Verwaltung¹⁶⁾ war für Otto Mayer unvereinbar mit einem privatrechtlichen Eigentum, hinter welchem er die letzten Regungen der von ihm immer scharf bekämpften polizeistaatlichen Fiskustheorie vermutete¹⁷⁾. In der rechtlichen Ordnung der öffentlichen Sachen sollte der Dualismus von öffentlichem und privatem Recht überwunden werden. - Für das Pfändungspfandrecht käme allenfalls der Gesichtspunkt der Zweckbindung in Betracht. Seine Übertragung scheitert allerdings an folgenden Umständen: Wollte man die Behauptung aufstellen, das Pfandrecht solle gerade die Bindung des gepfändeten Gegenstandes für den Vollstreckungszweck herbeiführen, so würde man wiederum voraussetzen, was zu beweisen ist. Vielmehr wird die Zweckbindung in tatsächlicher Hinsicht schon von der Verstrickung wahrgenommen, in rechtlicher Beziehung - also in Form einer "Verwertungsgrundlage" - hat sie sich aber als überflüssig erwiesen.

5. Nicht weiter hilft schließlich auch Lükess¹⁸⁾ Hinweis auf die immer weiter auseinanderlaufende Entwicklung von materiellem und formellem Recht; für das Prozeßrecht gewinne dabei fast immer die prozessuale Betrachtungsweise die Oberhand. Die Bemerkung ist in

14) Vgl. hierzu namentlich Maunz, Hauptprobleme des öffentlichen Sachenrechts, 1933.

15) Vgl. Otto Mayer II 43; AöR 21, 502 ff.

16) II 39 f, 46, 50; AöR 16, 52, 66 ff; 21, 510 f, 512. Vgl. auch Maunz 102.

17) II 44; AöR 16, 49 f; 21, 503, 514 ff.

Dazu auch Forsthoff 329 ff Note 3.

18) JZ 1957, 242 Note 35; siehe auch Öfftr. Theorie 20 ff.

ihrer Allgemeinheit schon von fragwürdigem Beweiswert für das Pfändungspfandrecht¹⁹⁾ und versteht sich nur aus einer zeitgebundenen Tendenz der Zivilprozeßlehre, die Loslösung vom materiellen Recht in "einer immer prozessualeren und publizistischeren Ausgestaltung ihrer Theorien" zu betreiben²⁰⁾. Solche Tendenzen hat Goldschmidt schon 1914 scharf verurteilt, wenn er gegen eine "undurchführbare Expansion des Prozeßrechts", eine "neuerdings eingerissene prozessuale Hypertrophie" polemisiert²¹⁾. So gesehen stellen Lükes Anschauungen vom Pfändungspfandrecht sich freilich als **einer** der Kulminationspunkte einseitig prozessualer Betrachtungsweise dar. Schon vor Lüke sind aber auch rückläufige Strömungen wirksam geworden, deren Bedeutung für die Zukunft sich nur erahnen läßt. Vor allem Bettermann betont, daß es an der Zeit sei, "die fast abgerissene Verbindung von Prozeß und materiellem Recht wiederherzustellen"²²⁾.

19) So auch Kuchinke JZ 1958, 199 Note 22 unter Bezugnahme auf Sax ZZP 67, 21 ff.

20) Bettermann 23.

21) Goldschmidt, Berliner Festschr. f. Brunner, 133.

22) Bettermann 23; dem hat sich Bruns ZZP 64, 327 angeschlossen.

§ 8 Das materielle oder formelle Pfändungspfandrecht und sein Verhältnis zu den dogmatischen Grundlagen der Zwangsvollstreckung

Lükes Hinweis auf die Entwicklung des Prozeßrechts gibt freilich Anlaß zu einer weiteren Frage. Nachdem sich nun ergeben hat, daß ein materielles Pfändungspfandrecht keinen grundsätzlichen Bedenken ausgesetzt ist, richtet sich an Lüke die Gegenfrage, wie denn überhaupt ein rein formelles Pfandrecht denkbar ist. Denn Lüke behauptet ja, beim Pfändungspfandrecht handele es sich gerade nicht um ein materielles Recht an dem gepfändeten Gegenstand¹⁾. Der Frage kommt um so größere Bedeutung zu, als die meisten Vertreter der öffentlich-rechtlichen Theorie über den Inhalt ihres Pfändungspfandrechts nur sehr unklare Vorstellungen haben.

1. Eine Grenzziehung zwischen den Normbereichen des materiellen und formellen Rechts erweist sich als nicht einfach. So kommt es nicht von ungefähr, daß die Zugehörigkeit des Pfändungspfandrechts umstritten ist. Ob ein Rechtsinstitut durch ein vorwiegend das materielle Recht betreffendes Gesetz (wie z.B. das BGB) **geregelt ist oder aber vom Gesetzgeber in überwiegend formelles Recht (wie die ZPO) eingebettet wurde**, kann letztlich keinen zwingenden Schluß zulassen. Entscheidend für die Trennung von materiellem und formellem Recht ist die Funktion, die der einzelnen Norm, dem einzelnen Rechtsinstitut zufällt. Auch das Pfändungspfandrecht läßt sich daher nur mit Hilfe einer teleologischen Systematik²⁾ einordnen. - Das formelle Recht steht unter der Herrschaft des Prozeßzwecks; es dient der Bewährung des materiellen Rechts und soll den Rechtsfrieden wiederherstellen³⁾. Von diesem doppelten Zweck des Prozesses her ist nun der Standort des Pfändungspfandrechts zu bestimmen.

1) Lüke JZ 1957, 243.

2) Dazu bes. Hegler, Festg. f. Heck, Rümelin, Schmidt, 216 ff.

3) Vgl. Schönke AcP 150, 216 f; Bernhardt, Festg. für Rosenberg, 1949, 9; A. Blomeyer 2.

2. Das Pfändungspfandrecht macht sich zunächst zur Aufgabe, das Verhältnis des Gläubigers zu sonstigen Gläubigern des Schuldners zu regeln und ihn diesen gegenüber zu sichern⁴⁾ - eine materiell-rechtliche Funktion, welche die Rechtsverhältnisse an der gepfändeten Sache betrifft und unter keinem der genannten Gesichtspunkte in den Bereich des formellen Rechts einzufügen ist. Diese eine Aufgabe steht in keinem unmittelbaren Zusammenhang mit dem Fortgang des Verfahrens, mag man das Pfändungspfandrecht im übrigen auch als Verwertungsgrundlage betrachten⁵⁾. Die Grenznahe von formellem und materiellem Recht in der Zwangsvollstreckung macht es notwendig, das prozessuale Vollstreckungsgeschehen zu bestehenden materiellen Verhältnissen in Beziehung zu setzen, Prozessuales auch materiell einzuordnen⁶⁾. Damit aber fällt das Pfändungspfandrecht, dem diese Aufgabe anvertraut ist, zumindest teilweise aus der prozessualen Dynamik heraus. Zumindest teilweise, daran ist nicht vorbeizukommen, gehört es dem materiellen Recht an^{7) 8)}.

Das übersehen die Anhänger der öffentlich-rechtlichen Theorie, soweit sie dem Pfändungspfandrecht einen rein formellen Charakter geben wollen. Die man-

- 4) Das bringen die Motive sehr deutlich zum Ausdruck; Hahn 449.
- 5) Daher leuchtet der Satz bei Stein-Jonas, § 804 Bem. I, nicht ein, die Bedeutung des Pfändungspfandrechts erschöpfe sich in der "Verwertungsgrundlage"; materiell-rechtliche Wirkungen, die nicht diesem prozeßrechtlichen Zweck entsprechen, seien damit nicht verbunden.
- 6) Ganz ähnlich die Formulierung von Baumbach, 3. Aufl. 1926, § 804 Bem. 2 A: Das Pfändungspfandrecht soll die Handhabe bieten für die Einfügung der Gläubiger in die sonstigen (materiellen!) Rechtsbeziehungen. - Wieso das Pfandrecht dann noch rein prozessual sein kann, bleibt unerklärlich.
- 7) Auf die Möglichkeit eines "droit mixte" weist auch Bruns 85 hin.
- 8) Es kann daher auch Kuchinke JZ 1958, 199 nicht gefolgt werden, wenn er behauptet, es bestehe die theoretische Möglichkeit, das Pfändungspfandrecht zum rein prozeßrechtlichen Institut zu deklarieren, dem nur formelle Bedeutung zukommt.

gelnde Folgerichtigkeit tritt auch bei Lüke klar zutage: Solange er an einem, wenn auch untergeordneten, Sicherungszweck beim Pfändungspfandrecht festhält, müßte er zugleich eine Zugehörigkeit des Pfändungspfandrechts sowohl zum formellen als auch zum materiellen Recht annehmen. Denn Sicherung ist immer im Materiellen verhaftet⁹⁾. Eine "Doppelnatur" läßt sich jedenfalls nicht mit der Behauptung ausschließen, die materiellrechtliche Funktion sei völlig nebensächlich.

3. Falsch ist es nun aber zu folgern, eben dieser materiellen Funktion wegen könne das Pfändungspfandrecht nicht auch noch dem Bereich des formellen Rechts angehören¹⁰⁾. Denn wer der Ansicht folgt, das Pfandrecht sei Grundlage der Verwertung, kann ihm auch prozessuale Bedeutung beilegen. Ganz in diesem Sinne könnte gesagt werden: Da auf Grund des Pfändungspfandrechts die Veräußerung der gepfändeten Sache und die Befriedigung des Gläubigers in die Wege geleitet werden sollen, dient das Pfandrecht dem Prozeßzweck; es will den Abschluß der Zwangsvollstreckung herbeiführen. - Jedoch ist das nur die eine Seite der "Verwertungsgrundlage". In der Verwertung treffen sich materielles und formelles Recht. Die Pfandveräußerung ist auch Tatbestand des materiellen Rechts¹¹⁾. So berechtigt denn die prozessuale Bedeutung einer Verwertungsgrundlage noch nicht zu dem Schluß, daß diese ihrem Inhalt nach nicht auch materielles Rechtsinstitut sein kann. Daher muß ein materielles Pfändungspfandrecht in der Lage sein, Träger prozessualer

9) Das verkennt auch Bunsen ArchBürgR 29, 27.

10) Spohr 9 ff und Weidmann 23 (ähnlich auch Arndt MDR 1961, 370/371) werfen den Vertretern der publizistischen Auffassung vor, diese sei nur "angeblich" formeller Natur. Der Gedanke, das Pfandrecht sei Vorstufe der Forderungsrealisierung, hilft hier nicht weiter. Insbesondere kann daraus nicht abgeleitet werden, daß ein Pfändungspfandrecht nur materiell sein könne (so aber Weidmann 24). Die Kritik an Demelius, Bunsen und Baumbach trifft diese nur insofern, als sie einen ausschließlich formellrechtlichen Charakter behaupten.

11) Vgl. oben S.54 Note 22.

Funktionen zu sein, wie vielleicht auch umgekehrt eine formelle Verwertungsgrundlage von materieller Bedeutsamkeit sein könnte. - Diese Erkenntnis soll Ansatzpunkt zu einer tiefer greifenden Kritik des Begriffs Verwertungsgrundlage sein.

4. Betrachten wir das Problem der weiteren Einordnung des Pfändungspfandrechts zunächst von der Seite einer materiellen Verwertungsgrundlage her.

Ein materielles Pfandrecht als Verwertungsgrundlage enthält das Recht zur Verfügung über die gepfändete Sache, ist also Verwertungsrecht i.S. der herrschenden Pfandrechts-theorie. Der Gläubiger als Inhaber des Pfandrechts ist Träger der Rechtsmacht, die er benötigt, um seine Befriedigung selbst durchsetzen zu können. Unter der Voraussetzung, daß die Verwertung der gepfändeten Sache in öffentlich-rechtlicher Form vor sich geht, ist von vornherein ein abstrakt-privatrechtliches Pfändungspfandrecht als Grundlage der Verwertung beiseite zu schieben, da es nicht in der Lage ist, sich von einer privatrechtlichen Pfandveräußerung zu lösen¹²⁾. Somit kann für das weitere der Schluß zugrunde gelegt werden: Soll die Verwertung in Anwendung hoheitlicher Gewalt vor sich gehen und soll das Pfändungspfandrecht zugleich Grundlage der Verwertung sein, so muß der Gläubiger, dem ja das Pfandrecht zusteht, auch Inhaber der hoheitlichen Zwangsgewalt sein¹³⁾. Eine andere Möglichkeit ist nicht denkbar. Die Annahme einer materiellen Verwertungsgrundlage führt dann zu der zwingenden Folgerung, daß die Vollstreckungsmacht des Staates in dem Augenblick ihr Ende finden muß, wenn zugunsten des Gläubigers ein Pfändungspfandrecht entsteht. Daß eine solche Konstruktion nur auf der Basis eines öffentlich-rechtlichen Pfandrechts

12) Siehe dazu Spohr 17 ff; unentschieden Bernhardt 64.

13) In diesem Sinne wohl Stein-Jonas, § 804 Bem.III, das Pfandrecht berechtigt den Gläubiger zur Verwertung.

möglich ist, versteht sich von selbst. Allerdings verbindet sich damit noch nicht die Konsequenz, daß der Gläubiger auch unmittelbar die Befugnis zur Ausübung seiner Macht erhält. Da nämlich die Verwertung der Pfandsache nur durch den Gerichtsvollzieher nach den Vorschriften der §§ 814 ff ZPO erfolgen kann, bleibt die Verwirklichung des Zwanges immer unter der Kontrolle des Staates. Die Tätigkeit des Gerichtsvollziehers im Verfahren der Zwangsversteigerung ist dann nur so zu verstehen, daß der Gerichtsvollzieher als Stellvertreter des Gläubigers die diesem zustehende Vollstreckungsmacht betätigt. Wenig überzeugend wäre hingegen die Annahme einer Zweiteilung der Vollstreckungsgewalt: Der Staat überträgt dem Gläubiger durch das Pfandrecht lediglich die "materielle" Vollstreckungsherrschaft, während er selbst sich die "formelle" beibehält. - Wie dem auch sei: Beide Wege führen unausweichlich zu Abstrichen am Dogma vom Monopol des staatlichen Zwanges. Der Staat behält das Rutenbündel seiner Gewalt nicht mehr ungeteilt in der Hand.

Nun ist es keineswegs so, daß der Staat Hoheitsrechte nicht auch auf Private übertragen könnte. Es ist daran zu denken, den Gläubiger in der Vollstreckung als eine Art von "beliehenem Unternehmer" aufzufassen - eine Anschauung, welcher immerhin noch Georg Jellinek¹⁴⁾ anhing. Jedenfalls gibt es keine Norm, die dem Staat eine solche Übertragung generell verbieten würde. Wenn der Staat die Vollstreckungsbefugnis auf Personen des öffentlichen Rechts übertragen kann (vgl. § 1 BVerwVollstrG und die entsprechenden Gesetze der Länder), warum nicht auch ganz oder teilweise auf den privaten Gläubiger? Eine solche Argumentation über-

14) System der subjektiven öffentlichen Rechte, 1905, 250 ff. Siehe auch Pagenstecher Gruch 50, 290. - Demgegenüber Stein 7: "Eine Verleihung der Zwangsgewalt an eine nicht staatliche Instanz wäre schlechthin nichtig und wirkungslos". Gegen eine Delegation des staatlichen Exekutionsrechts auch Geib 71.

sieht allerdings, daß kein vernünftiger Grund für eine Übertragung ersichtlich ist, zumal der Staat sich dann doch noch die Ausübung zurückbehält. Vor allem aber will nicht einleuchten, warum der Gesetzgeber den Gläubiger bei der Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen in das bewegliche Vermögen mit Hoheitsrechten ausgestattet haben soll, während er die Zwangsgewalt in allen anderen Fällen von Vollstreckung ungeteilt dem Staat reserviert hat¹⁵⁾. Eine materiell-öffentlich-rechtliche Verwertungsgrundlage verdient daher vom Wesen der Zwangsvollstreckung her keine Billigung.

- 15) Stein 5 meint allerdings, die Ermächtigungen nach §§ 887 u. 835 Abs. 1 ZPO enthielten (wie auch das Selbsthilferecht nach § 229 BGB) Zwangsbefugnisse des Gläubigers (ebenso Kelleter 18 f und Freudenberg 9). Dem kann nicht gefolgt werden. Indem der Staat dem Gläubiger eine Ermächtigung erteilt, behalten die sich daran anschließenden Handlungen des Gläubigers zwar im Verhältnis Staat - Schuldner den Charakter einer Zwangsmaßnahme (Ersatzvornahme). Vgl. Betermann 29. Die "Relativität" dieser Maßnahme zeigt sich aber deutlich darin, daß der Gläubiger weiterhin privatrechtlich handelt, also nicht zum "beliehenen Unternehmer" wird. Nach Erteilung einer Ermächtigung ist der Staat in seiner Machtstellung nicht "ärmer" geworden. Vgl. auch Heinemann Gruch 69, 319 ff. - Ebenfalls nicht notwendig ist es, in der Vorpfändung (§ 845 ZPO) eine Delegation von Zwangsgewalt zu sehen (so aber Stein 5, Schwinge 7, Freudenberg 9, Kelleter 19). Die Besonderheit der Vorpfändung besteht lediglich darin, daß die Pfändungswirkungen zurückbezogen werden (§ 845 Abs. 2 ZPO). Wären die Benachrichtigungen des Gläubigers (durch den Gerichtsvollzieher) schon selbst Zwangsanwendung, so wäre eine spätere Pfändung wohl überflüssig. Es dürfte wohl kaum angehen, ihren Sinn allein in der Nachlieferung der Vollstreckungsformalitäten zu suchen, während sie selbst von Zwangsanwendung völlig entkleidet wäre. Dieser Ansicht ist freilich Bernhardt 19, der die Vorpfändung als unmittelbare Gewaltanwendung durch den Gerichtsvollzieher (nicht den Gläubiger!) ansieht. Das erklärt aber nur schlecht die Abhängigkeit von der späteren Pfändung. Immerhin vermag auch Bernhardt auf diese Weise an dem Satz festzuhalten, daß es keine Ausnahme vom Prinzip staatlicher Zwangsanwendung in der Zwangsvollstreckung gibt.

5. Die eben aufgezeigten Überlegungen und Schwierigkeiten geben den Hintergrund ab für Lükess Theorie von einer prozessualen Verwertungsgrundlage¹⁶⁾. Während die ältere publizistische Auffassung - vor allem Bunsen¹⁷⁾ - sich im wesentlichen darauf beschränkte, den formellen Charakter des Pfändungspfandrechts zu behaupten, das weder materielle Rechte begründen noch zerstören könne, bemüht sich Lücke als erster, den Inhalt eines formell-öffentlich-rechtlichen Pfändungspfandrechts genauer zu bestimmen. Lücke zerlegt das Pfändungspfandrecht in zwei Verwertungsrechte. Der Gläubiger hat nur ein mittelbares Verwertungsrecht, das sich in einem Anspruch gegen den Staat erschöpft, kraft dessen der Gläubiger die Durchführung der gewünschten Vollstreckungsmaßnahmen verlangen kann. Dem entspricht auf der Seite des Staates die unmittelbare Befugnis zur Verwertung der Pfandsache. Der Staat macht hiervon durch seine Vollstreckungsorgane Gebrauch. "Unmittelbares und mittelbares Verwertungsrecht sind keine selbständigen Rechte, sondern besondere rechtliche Befugnisse, die aus dem Pfändungspfandrecht fließen und in ihrer Existenz von diesem abhängen"¹⁸⁾.

Der letzte Teil des Satzes ist etwas unklar. Meint Lücke damit, daß das Pfändungspfandrecht doch den beiden Verwertungsrechten vorgegeben ist und sich nicht in ihnen erschöpft? Freilich lassen Lükess Ausführungen nicht erkennen, daß dem Pfändungspfandrecht (über das doppelte Verwertungsrecht hinausgehend) noch ein weiterer Inhalt zu eigen sein soll¹⁹⁾. Zum anderen fragt sich, ob Lücke bei der Annahme noch weiterer Inhalts-

16) Vgl. dazu bes. JZ 1955, 485; NJW 1956, 802; Öfffr.Theorie 40 f, 51 f.

17) ArchBürgR 29, 27, 29 (insbes. Note 28). Siehe auch oben S. 6 Note 11.

18) JZ 1955, 485; entspr. Öfffr.Theorie 40 f.

19) Martin 127 Note 124 erkennt richtig, daß auch ein publizistisches Pfändungspfandrecht eine "haftungsbegrenzende" Rolle spielt: Das Pfändungspfandrecht gibt an, in welcher Höhe der Gläubiger aus dem Erlös Zahlungen fordern darf. - Handelt es sich dabei aber wirklich um eine rein formelle Funktion des Pfändungspfandrechts?

bestandteile den von ihm behaupteten formellen Charakter des Pfändungspfandrechts beibehalten könnte. Lükess Pfandrecht enthält - verständlicherweise! - kein materielles Befriedigungsrecht des Gläubigers, das sonst allen Pfandrechten des BGB eigentümlich ist und an dem auch die gemischt-rechtliche Auffassung festhält. Insofern trifft die Behauptung Amends 20) nicht zu, das(formelle) Pfändungspfandrecht entspreche strukturell den Pfandrechten des bürgerlichen Rechts. Gerade ein materielles Befriedigungsrecht, so muß den Vertretern eines formellen Pfandrechts entgegengehalten werden, ist für das Pfandrecht "schlechthin typisch".

6. Indem der Staat am "Pfandrecht" teilhaben soll, gelangt Lücke in unmittelbare Nähe der Lehre du Chesnes: Auf Grund des Pfändungspfandrechts soll der Gläubiger vom Gerichtsvollzieher die Verwertung der gepfändeten Sache verlangen können (öffentlich-rechtlicher Anspruch), im übrigen aber nichts mit der Pfandsache zu tun haben²¹⁾. - Es erscheint auch fraglich, ob Lükess Pfandrecht wirklich so formell ist, wie es zu sein vorgibt²²⁾.

Wenn Lücke sein Pfändungspfandrecht als formell bezeichnet, so erwachsen Bedenken zunächst schon aus folgendem Umstand: Die Zwangsgewalt des Staates, welche sich in Gestalt des "unmittelbaren Verwertungsrechts" in das Pfändungspfandrecht einschleibt, läßt sich nicht unter das Begriffspaar materiell-formell einordnen.

20) Amend 12.

21) du Chesne SächsArch 13, 616 ff behauptet, das Pfand werde nicht der Privatrechtssphäre des Gläubigers einverleibt, sondern durch den Staat in Geld umgesetzt, damit dieser dann den Anspruch des Gläubigers erfüllen kann. Im übrigen sind die Ausführungen du Chesnes ziemlich verworren. "Das einzige Privatrechtliche, was hiernach an der Pfandnahme und -verwertung noch bleibt, ist das privatrechtliche Interesse, zu dessen Befriedigung sie (?) vorgenommen wird und das Ziel, zu dem sie führt; die Mittel dazu sind, anders als beim Vertragspfand, öffentliches Recht. In der Mitte steht das im Wege der Selbsthilfe (??) genommene Pfand". - Bezgl. des Anspruchs auf Verwertung durch den Gerichtsvollzieher und auf Auslieferung des Erlöses ähnelt Lükess Konstruktion zugleich auch der Kleinfellers 636.

22) Daß Lücke folgerichtig eine auch materielle Funktion des Pfändungspfandrechts anerkennen müßte, wurde bereits aufgezeigt.

Dieser Gegensatz kann nur dort eine Rolle spielen, wo Recht der Durchsetzung bedarf. Die Zwangsmacht des Staates gehört aber zur Grundstruktur staatlicher Existenz selbst²³⁾. Die Vollstreckungsgewalt steht daher jenseits von materiell - formell. Sie kann betätigt, nicht aber ihrerseits zwangsweise durchgesetzt werden. Indem sie bisweilen zur Verwirklichung des Prozeßzwecks eingesetzt wird, steht sie selbst noch längst nicht unter dem Prozeßzweck. Daher gehört sie nicht dem formellen Recht an. - Aber auch der Anspruch des Gläubigers gegen den Staat auf Verwertung ist nicht im Prozeßrecht verwurzelt. In seiner Abhandlung über die Systematik des Zivilprozeßrechts bezeichnet Hegler treffend den Anspruch gegen den Staat auf Rechtsschutz als staatsrechtliche - und damit: außerprozessuale-Frage²⁴⁾. Aber nichts anderes gilt dann auch für den Verwertungsanspruch.

Damit steht ein verblüffendes Ergebnis fest: Auf der Suche nach einem formell-rechtlichen Inhalt des Pfändungspfandrechts ist Lücke - weit über das Ziel hinauschießend - zu einer Konstruktion gelangt, welche allenfalls als staatsrechtliches Gebilde anzusprechen ist. - Immerhin (und das ist Lücke zugute zu halten) gerät das "Pfandrecht" durch keine Delegation des staatlichen Exekutionsrechts in Gegensatz zur Lehre vom Rechtszwang.

7. Wenn Amend²⁵⁾ als Anhänger von Lückes Meinung behauptet, das formelle Pfändungspfandrecht sei dinglich, liegt darin ein unverständlicher Widerspruch. Dinglich ist eine rein materiell-rechtliche Kategorie. Ein ding-

23) Zum Verhältnis von Vollstreckungsgewalt und Souveränität vgl. Bernhardt 21.

24) Hegler 232; vgl. auch Bley, Klagerecht und rechtliches Interesse, 1923, S. 2; Sauer 657; Baumgärtel ZZP 75, 391 ff. Goldschmidt, Prozeß als Rechtslage 150, nennt den Anspruch auf Rechtsschutz durch günstiges Urteil und Zwangsvollstreckung ein materielles Recht, das im Prozeßsystem nichts zu suchen habe. Siehe auch Goldschmidt, Materielles Justizrecht 6, 14; Berliner Festschr. f. Brunner 133.

25) Amend passim, bes. 17.

liches Recht ist ein Recht an einer Sache gegenüber jedermann²⁶⁾. Amend verkennt das Wesen der Dinglichkeit, wenn er sagt: "Das das Wesen der Dinglichkeit ausmachende Herrschaftsverhältnis des Gläubigers besteht in seinem subjektiv öffentlichen Recht - Verwertungs- und Befriedigungsanspruch - seine Befriedigung aus der Pfandsache zu verlangen. Die dingliche Herrschaftsgewalt des Staates fußt auf dem im Pfändungspfandrecht enthaltenen Verwertungsrecht ..." Das klingt fast so, als wolle Amend die in die Privatrechtsverhältnisse hineinragende Staatsmacht als dingliche Belastung ähnlich einem "ius eminens" bewerten - eine längst überholte Betrachtungsweise²⁷⁾. Lücke selbst äußert sich nicht ausdrücklich zur Frage der Dinglichkeit. Wenn er aber im Hinblick auf das Pfändungspfandrecht meint²⁸⁾, die Verfügungsbefugnis des Staates könne nur aus einem umfassenderen Recht an dem Gegenstand fließen, so scheint auch hier eine Andeutung von dinglichem Charakter eines formellen Rechts mitzuschwingen. - Vom Standpunkt der publizistischen Theorie her gesehen, dürfte die Ansicht von Martin²⁹⁾ noch am folgerichtigsten sein. Martin spricht dem formellen Pfändungspfandrecht eine Rechtsqualität überhaupt ab, da es kein subjektives Recht schaffe. Er sieht in dem Pfändungspfandrecht lediglich eine "prozessuale Rechtsposition" zugunsten des Vollstreckungsgläubigers, auf Grund welcher der Gläubiger so behandelt wird, als hätte er ein wirkliches Pfandrecht. Bezeichnend ist freilich, daß Martin auf diesem Wege sein von materiell-rechtlicher Substanz gereinigtes Pfändungspfandrecht mit Hilfe einer Fiktion wieder materiell auffüllt.

8. Gegen Lückes Pfandrecht erheben sich noch in anderer Hinsicht schwerwiegende Einwände. - Wenn Lücke dem Gläubiger ein mittelbares Verwertungsrecht zuweist, indem der Gläubiger vom Staate die Verwertung der gepfändeten Sache soll verlangen können, so stellt sich dieser Anspruch als nichts Neues dar. In ihm begegnet uns allem Anschein nach der gegen den Staat gerichtete Vollstreckungsanspruch, kraft dessen der Gläubiger verlangen kann, daß der Staat durch seine Organe die

26) Vgl. Lehmann, Allg. Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 14. Aufl. 1963, S. 80.

27) Vgl. dazu ausführlich Forsthoff 22 und die dort angeführten Nachweise.

28) JZ 1957, 241.

29) Martin 128 f.

Zwangsvollstreckung vornimmt³⁰⁾. Da dieser Anspruch (nach der Meinung seiner Anhänger) den gesamten Vollstreckungsbetrieb umfaßt³¹⁾, ist nicht in Abrede zu stellen, daß er auch Lükess "mittelbares Verwertungsrecht" in sich einschließt. Wenn der Gläubiger auf Grund des Vollstreckungsanspruchs die Pfändung verlangen kann, kann er kraft desselben Anspruchs dann auch die Verwertung der gepfändeten Sache fordern³²⁾. Sicherlich beschränkt sich nach erfolgter Pfändung der Vollstreckungsanspruch nicht auf die Verwertung der einen Sache. Es ist jedoch kein Grund ersichtlich, warum der Vollstreckungsanspruch die Verwertung aus seinem Wirkungsfeld entlassen sollte. Das "mittelbare Verwertungsrecht" ist dann aber nichts anderes, als daß der Vollstreckungsanspruch in das Gewand des Pfändungspfandrechts schlüpft und sich damit - soweit für die Verwertung erforderlich - auf die Verwertung der gepfändeten Sache spezialisiert³³⁾.

Während insofern der Begriff Vollstreckungsanspruch gegenüber Lükess mittelbarem Verwertungsrecht der weitere ist, reicht das letztere im Falle des Eingriffs in nichthaftendes Vermögen weit über den Bereich des Vollstreckungsanspruchs hinaus. Denn dieser greift nicht wahllos auch nach dem Vermögen Unbeteiligter wie das mittelbare Verwertungsrecht, sondern bezieht sich

30) Sollte der Gerichtsvollzieher eine Vollstreckungsmaßnahme verweigern, kann der Gläubiger nach §§ 766, 793 ZPO vorgehen. Daß ein dahinterstehender Anspruch aber auf dem Pfändungspfandrechte beruhen muß (wie Amend 13 meint), ergibt sich daraus keinesfalls. Der Vollstreckungsanspruch besteht - soll man ihn überhaupt anerkennen - vielmehr schon vor der Pfändung. Vgl. auch Kuchinke JZ 1958, 201 Note 35.

31) Vgl. Bülow ZZP 31, 201 Note 13; Wach ZZP 32, 22.

32) Das Verhältnis von "mittelbarem Verwertungsrecht" zum Vollstreckungsanspruch wird als Schwierigkeit deutlich auch von Amend (25/26) empfunden. Amend versucht, einen Unterschied zwischen beiden herauszuarbeiten. Kraft des Vollstreckungsanspruchs könne der Gläubiger nur die Vollstreckung in das schuldnerische Vermögen schlechthin verlangen, dagegen soll jener sich nicht auf die einzelne Pfandsache beziehen. Das geht fehl.

33) Amend 26 spricht von einem Fortleben des Vollstreckungsanspruchs in verdinglichter (!) Form und be-

allein auf das Vermögen des Schuldners³⁴⁾. Es bestehen freilich schwerste dogmatische Bedenken gegen ein Recht des Gläubigers, welches völlig losgelöst von materieller Berechtigung nur seinem Selbstzweck dient. Wieso soll der Gläubiger vom Staat einen Eingriff in das Vermögen eines Nichtschuldners verlangen können, während ihm doch nur der Schuldner haftet?³⁵⁾ Wie kann es ein Recht auf Herbeiführung eines Zustandes geben, den die Rechtsordnung mißbilligt (§ 812 BGB)?

Versucht man nun, die These aufzustellen, gerade eine Pfändung von nicht dem Schuldner gehörigen Sachen bewaise eindeutig klar, daß das mittelbare Verwertungsrecht eben nicht einem vorgegebenen Vollstreckungsanspruch entspringt, so ist doch nicht an der Tatsache vorüberzugehen, daß wenigstens im Regelfall beide einträchtig nebeneinander herlaufen müssen. Das mittelbare Verwertungsrecht verleiht dem Gläubiger dann nur eine Befugnis, die er ohnehin schon kraft des Vollstreckungsanspruchs hat - eine merkwürdige Zweispurigkeit, die nur in Ausnahmefällen nicht besteht³⁶⁾. Oder aber: Sollte Lücke, um sich die Originalität seines mittelbaren Verwertungsrechts zu sichern, die Existenz eines Vollstreckungsanspruchs leugnen wollen? Zu einer solchen Annahme geben Lückes Ausführungen freilich keinen Anlaß³⁷⁾. Lücke hat es vielmehr überhaupt vermieden, auf das proble-

zeichnet das Pfändungspfandrecht als Spiegelbild der vor der Pfändung zwischen dem Staat und dem Gläubiger bestehenden öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnisse.

34) Bes. deutlich Stein 37. Vgl. auch Müller 89, der in der Zugehörigkeit des Pfandgegenstandes zum Schuldnervermögen eine "sachliche Beschränkung der Zwangsvollstreckung" sieht. Fragwürdig allerdings, wenn Martin 126 Note 123 sagt, der Vollstreckungsanspruch enthalte keine Aussage darüber, inwieweit in das Vermögen eines Dritten eingegriffen werden darf.

35) Vgl. dazu auch Lent-Jauernig 48.

36) Das hat mit aller Deutlichkeit auch Martin 122 erkannt. Ähnlich auch Uhrig 21 ff.

37) Vgl. Öfftr. Theorie 57.

matische Verhältnis von mittelbarem Verwertungsrecht und Vollstreckungsanspruch einzugehen.

Wie dem auch sei: Jedenfalls ist die Anerkennung eines mittelbaren Verwertungsrechts in unglücklicher Weise mit der Theorie vom Vollstreckungsanspruch verquickt, dieser wiederum in der gesamten Problematik des subjektiven öffentlichen Rechts verwurzelt³⁸⁾. Wenngleich namhafte Gegner des Rechtsschutzanspruchs einen Vollstreckungsanspruch für den Bereich der Zwangsvollstreckung bejahen³⁹⁾, sind vor allem in jüngerer Zeit selbst gegenüber letzterem beachtliche Zweifel angeführt worden⁴⁰⁾, mit denen zugleich dann auch die Lehre Lükess vorbelastet ist. Man geht im Schrifttum immer mehr dazu über, den Begriff des Vollstreckungsanspruchs als entbehrlich und daher auch als unfruchtbar zu empfinden⁴¹⁾. Völlig unnötigerweise bringt Lücke daher das Pfändungspfandrecht mit einer sehr umstrittenen Frage in Zusammenhang⁴²⁾.

9. Zur Kritik gibt aber auch das "unmittelbare Verwertungsrecht" des Staates Anlaß⁴³⁾. Das Pfändungspfandrecht Lükess umschließt darin das Zwangsrecht des Staates - ebenfalls in für die Verwertung spezialisierter

38) Vgl. Bernhardt 26.

39) Bülow ZZP 31, 201 Note 13; Bley, Klagerecht 16 ff; Rosenberg 883 ff; Sauer 283.

40) Vgl. dazu im einzelnen Schönke, 2./3. Aufl. S. 3 f; Schönke-Baur 3; Baumbach-Lauterbach 1 C vor § 704; Stein-Jonas Bem. II vor § 704; Bernhardt 25 ff, bes. 31 f; Gehring 32 ff.

41) Bruns 5 f; ähnlich Lent-Jauernig 3.

42) Es muß daran erinnert werden, daß schon W. Müller seine Pfandrechts-theorie auf den Vollstreckungsanspruch baute und damit keinen Erfolg hatte. Siehe dazu die Kritik von Schwinge 16 ff.

43) Martin 124 ff, der mit Recht ein mittelbares Verwertungsrecht im Sinne Lükess ablehnt, sieht als Inhalt des Pfändungspfandrechts die staatliche Verwertungsberechtigung an. Damit reduziert er Lükess Begriff vom Pfändungspfandrecht auf die sog. unmittelbare Verwertungsbefugnis. Insoweit bestehen gegenüber Martin aber auch die gleichen Bedenken wie gegen Lücke. Nach der Ansicht Martins soll sich neben einer Verwertungs- (und Erlösauszahlungs-) ermächtigung aus dem

Form. Die Macht des Staates zur Verwertung ist uns so selbstverständlich, daß sie nicht einmal vom Vorliegen einer Verwertungsgrundlage abhängt. Der Gerichtsvollzieher kann selbst nicht gepfändete Sachen in der Versteigerung wirksam veräußern. Inwieweit es auch ein "Recht" des Staates geben kann, in unbeteiligtes Vermögen einzugreifen, ist eine andere Frage. Auf jeden Fall hat der Staat die Macht dazu. Daher ist nicht einzusehen, warum der Staat sich selbst als dem Herrn der Zwangsvollstreckung erst durch das Pfändungspfandrecht die Ermächtigung zur Pfandverwertung erteilen soll, wo er doch die ihm ursprüngliche Zwangsgewalt in ihrer Gesamtheit schon in der Hand hält. Nach Lükess Sicht der Dinge bewirkt der Akt der Pfändung, daß die Vollstreckungsmacht in das Pfändungspfandrecht wie in ein Gefängnis eingesperrt wird.

Nach alledem ist deutlich zutage getreten, daß Lücke in seinem Bestreben, alles Materielle aus der Zwangsvollstreckung zu verbannen - ein Pfändungspfandrecht muß es aber geben! - , sich damit behilft, Vollstreckungsanspruch (oder etwas Ähnliches) und staatliches Vollstreckungsrecht in ihrer Verbindung als "Pfändungspfandrecht" auszugeben. In Wahrheit resigniert Lücke vor § 804 ZPO; seine Auffassung kommt der Leugnung eines Pfandrechts gleich.

10. Weitere Gesichtspunkte verstärken die grundsätzlichen Bedenken gegen Lükess Konstruktion.

Zunächst läßt sich kein vernünftiger Grund finden, den Namen "Pfändungspfandrecht" als Zusammenfas-

Pfändungspfandrecht noch eine staatliche Rangbeachtungspflicht im Verteilungsverfahren ergeben. Diese Pflicht soll vom Vollstreckungsanspruch unabhängig sein. - Sehr fraglich erscheint allerdings, wenn Martin 134 behauptet, die von ihm vertretene Auffassung sei eine sinngemäße und folgerichtige Weiterentwicklung der Lehre Steins.

sung eines mittelbaren und unmittelbaren Verwertungsrechts auf die Mobiliarzwangsvollstreckung zu beschränken. So wird wohl auch im Zwangsversteigerungsverfahren nach dem ZVG ein gegen den Staat gerichteter Anspruch des Gläubigers auf Verwertung bestehen; zumindest im Regelfall ließe sich ein solcher mühelos aus dem Vollstreckungsanspruch ableiten⁴⁴⁾⁴⁵⁾. Entsprechend ist auch die Verwertungsmacht des Richters vorhanden. Warum Lücke dann beides nicht mit dem Etikett "Pfändungspfandrecht" versieht, vielmehr die Existenz eines Pfandrechts in der Immobiliervollstreckung ausdrücklich ablehnt⁴⁶⁾, will nicht einleuchten.

11. Haben mehrere Gläubiger dieselbe Sache pfänden lassen, mag es zwar angehen, jedem von ihnen den Anspruch gegen den Staat auf Verwertung des Pfandes zu geben, Wieso dann aber auch ein zweit- oder drittrangiges Pfandrecht dem Staat nochmals eine Ermächtigung zur Verwertung verschaffen soll, bleibt unklar. Oder aber soll allein das erstrangige Pfandrecht als Pfändungspfandrecht i.S. Lückes anzusprechen sein, während die später folgenden nur noch Fragmente darstellen?

Als recht merkwürdig erweist sich Lückes Auffassung weiterhin auch für das Pfändungspfandrecht des Verwaltungs-

-
- 44) Anders nur, wer die Existenz dieses Anspruchs überhaupt bestreitet.
- 45) Wenn man allerdings Amend 26 folgt, so würde das an dem Umstand scheitern, daß sich der Vollstreckungsanspruch nicht auf die Verwertung der einzelnen Sache richten kann.
- 46) Lücke, Öfftr.Theorie 15. Ebenso Amend 18 f, der sich vergeblich bemüht, einen Unterschied beim Verwertungsrecht in Mobiliar- und Immobiliervangsvollstreckung herauszuarbeiten. Der (nicht erkennbare) Unterschied soll nur darin bestehen, "daß im Pfändungspfandrecht dieses staatliche Recht (gemeint: Verwertungsrecht) mit den subjektiv-öffentlich-rechtlichen Befugnissen des Gläubigers gekoppelt ist, nach dem ZVG aber getrennte Rechtsgrundlagen gegeben sind, die jedoch in entsprechendem Verhältnis zueinander stehen". Vgl. im übrigen Martin 130 ff.

vollstreckungsverfahrens und des Zwangsbeitreibungsverfahrens der RAO⁴⁷⁾. Die Aufteilung von mittelbarem und unmittelbarem Verwertungsrecht will dann besagen, daß zugunsten des Staates durch die Pfändung einer Sache ein Pfandrecht entsteht, auf Grund dessen der Gläubiger-Staat nun von sich als dem zwangsausübenden Hoheitsträger verlangen kann, daß er in der Gestalt des letzteren für sich in der Gestalt des ersteren die Verwertung der Pfandsache betreibe. Es sei nur kurz bemerkt, daß die Vereinigung von Anspruch auf Verwertung und Pflicht zur Verwertung hier offenbar nicht zum Untergang des "Schuldverhältnisses" führen darf, da sonst das Pfändungspfandrecht und damit der Motor für das Verwertungsverfahren auseinanderfielen.

Fast ist es überflüssig, darauf hinzuweisen, daß sich derartige Konstruktionsmängel nicht für das Pfandrecht der gemischt privat-öffentlich-rechtlichen Theorie ergeben; das Zusammentreffen von Gläubiger und Staat läßt den Bestand des Pfändungspfandrechts selbstverständlich unberührt.

12. Schon beim Arrestpfand hat sich erwiesen, daß ein formelles Pfandrecht zur Inhaltslosigkeit verurteilt ist. Ähnliche Schwierigkeiten treten aber auch beim Pfändungspfandrecht an Forderungen auf. Da hier eine hoheitliche Verwertung nicht in Betracht kommt⁴⁸⁾, bleibt die Frage zu beantworten, welcher - vom Pfandrecht an Sachen abweichende - Inhalt dem öffentlich-rechtlichen Pfändungspfandrecht an Forderungen zukommen soll. Die Überweisung nach § 835 ZPO stellt den letzten hoheitlichen Akt dar, auf dessen Vornahme

47) Kann es - die prozessuale Natur von Lükess Pfandrecht einmal vorausgesetzt - außerhalb des Prozesses überhaupt ein prozessuales Rechtsgebilde geben?

48) Ausnahmen sind allenfalls im Bereich des § 844 ZPO denkbar.

sich ein "mittelbares Recht" des Gläubigers beziehen kann⁴⁹⁾. Dem unmittelbaren Verwertungsrecht des Staates beim Sachpfand entspricht dann die Macht des Staates zur Forderungsüberweisung. Diese Annahme stößt auf keine Bedenken, sofern es sich um eine Überweisung an Zahlungs Statt handelt (§ 835 Abs.2 ZPO). Das Vollstreckungsverfahren ist dann beendet, der Gläubiger befriedigt. - Anders ist das aber bei einer Überweisung zur Einziehung. Der Überweisungsbeschluß des Vollstreckungsgerichts betätigt nicht nur erfolgreich die Vollstreckungsmacht des Staates und "verbraucht" so die Ermächtigung zur Überweisung, sondern befriedigt zugleich auch den öffentlich-rechtlichen, auf Erteilung des Überweisungsbeschlusses gerichteten Anspruch des Gläubigers. Damit aber kann ein Pfandrecht i.S. Lükess nicht über den Zeitpunkt der Überweisung hinaus fort dauern; denn von da an wäre es inhaltslos⁵⁰⁾. Fallen indessen Pfändungs- und Überweisungsbeschluß, wie es die Regel ist, auch zeitlich zusammen, so vermag ein Pfändungspfandrecht nie zu entstehen. Der Vollstreckungsgläubiger erhält zwar die Ermächtigung zur Einziehung, ein Pfandrecht i.S. der publizistischen Theorie kann aber nicht dazukommen. Der Widerspruch zu § 804 Abs.1 ZPO ist offenbar. - Oder sollte wenigstens ein privatrechtliches Pfandrecht die für das publizistische Pfändungspfandrecht so tödliche Forderungsüberweisung zur Einziehung überleben können, damit der Gläubiger nicht mit leeren Händen dasteht?

-
- 49) So auch Amend 55 Note 4, ohne allerdings die Konsequenzen zu ziehen. Das nicht hoheitliche Handeln des Gläubigers bei der Forderungseinziehung macht zugleich ein materiell-öffentliches Pfändungspfandrecht unmöglich. Ein hoheitliches Verwertungsrecht bei lediglich privatrechtlicher Einziehung ist ein Unding.
- 50) Das übersieht Amend 55, der bezüglich des Inhalts des Pfandrechts an Forderungen i.w. auf seine Ausführungen zum Pfändungspfandrecht an Sachen verweist. Auch die Ansicht von Martin (vgl. insbes. S.127) paßt nicht auf Pfändungspfandrechte an Forderungen.

Anders ließe sich jedenfalls der Rang des erstpfindenden Gläubigers bei mehrfacher Pfändung derselben Forderung nicht retten.

13. Das Pfändungspfandrecht Lükess ist nicht in der Lage, den angeführten Einwänden standzuhalten. Eine prozessuale Verwertungsgrundlage, wie sie Lücke in seiner Lehre vom doppelten Verwertungsrecht zu entwickeln sucht, darf daher nicht mit dem Pfändungspfandrecht in Zusammenhang gebracht werden. Der formell-öffentlich-rechtlichen Theorie bietet sich aber weder ein Ausweg in den Auffassungen von Amend und Martin noch ein Ausweg in den schemenhaften Vorstellungen Bunsens⁵¹⁾, wonach das Pfändungspfandrecht weder materielle Rechte begründen noch zerstören kann. Denn derartige Wirkungen eines Rechts vermögen noch nicht seinen Inhalt zu fixieren.

Als Resümee der bisherigen Untersuchungen läßt sich daher feststellen: Das Pfändungspfandrecht ist kein formelles Recht. Es kann sich aber auch um kein Pfandrecht mit materiell-öffentlichem Inhalt handeln. Das Prinzip der negativen Auslese führt uns somit zu einem privaten Pfändungspfandrecht zurück, welches nicht die Aufgabe einer Verwertungsgrundlage zu übernehmen braucht. Es hat sich damit erwiesen, daß am Kern der Lehre Friedrich Steins nicht zu rütteln ist.

51) ArchBürgR 29, 27, 29 Note 28.

§ 9 Die Interessen der Beteiligten

Es gilt noch die Frage zu stellen, inwieweit die bisher gefundenen Ergebnisse imstande sind, eine gerechte Lösung der im Zusammenhang mit dem Pfändungspfandrecht entstehenden Interessenkonflikte zu bieten. Im Schrifttum ist freilich festzustellen, daß man bei der Erörterung des Problems der Rechtsnatur des Pfändungspfandrechts einer Interessenabwägung nur relativ geringe Bedeutung beimißt¹⁾. Nur wenige Autoren begründen ihre Ansicht auch von der Interessenlage der Beteiligten her. Dazu gehören Schwinge, Herb. Schmidt, Bruns und Baur. Demgegenüber lassen es die Vertreter eines publizistischen oder abstrakt-privatrechtlichen Pfandrechts an einer Auseinandersetzung mit den Belangen der Beteiligten fehlen²⁾.

1. Ob die Pfändung als Folge des Entstehens eines Pfandrechts herbeiführt, ist eine Frage, welche zunächst Gläubiger und Schuldner betrifft, dann aber auch die Stellung sonstiger am Pfandgegenstand Interessierter berührt, insbesondere also der Mitgläubiger und der dinglich Berechtigten. Zu letzteren gehört vor allem auch der Eigentümer der Sache, wenn er mit dem Schuldner nicht identisch ist. Schließlich wäre noch der Staat zu nennen, da das Pfandrecht ja aus einem Staatsakt hervorgeht.

2. Zunächst ist der Gedanke zurückzuweisen, die Autorität des Staatsaktes erfordere Wirksamkeit in größtmöglichem Umfange; daher müsse jede (wirksame) Pfändung auch ein Pfandrecht nach sich ziehen³⁾. Eine solche Argumentation übersieht, daß der Staat das

1) Skeptisch: Kuchinke JZ 1958, 199 Note 8 (aE).

Siehe auch Arndt MDR 1961, 369.

2) eine Ausnahme wohl nur Martin 104 ff.

3) Bernhardt 54.

Pfändungspfandrecht nicht zur Durchführung der Zwangsvollstreckung benötigt⁴⁾. Eine "Verwertungsgrundlage" hat sich überhaupt als überflüssig erwiesen. Im Interessenbereich des Staates liegt vielmehr allein das hoheitliche Herrschaftsverhältnis - die Verstrickung - und das damit verbundene Veräußerungsverbot. "Die Wirksamkeit der Verstrickung allein ist völlig ausreichend, um bei einer im übrigen fehlerhaften Pfändung die Staatsautorität gebührend zur Geltung zu bringen"⁵⁾. § 137 StGB bietet dann den erforderlichen Strafschutz, der mit dem Bestehen eines Pfandrechts nichts zu tun hat. Daher geht auch Schönkes Bemerkung fehl, die strafrechtliche Wirkung des Pfändungsaktes dürfte nicht von der privatrechtlichen Eigentumsfrage abhängen⁶⁾. - Ebensowenig läßt sich aber ein staatliches Interesse am Pfandrecht unter dem Gesichtspunkt "Rechtssicherheit" begründen. Denn das Pfandrecht steht weder in einem Konflikt zwischen Gerechtigkeit und Rechtssicherheit⁷⁾, noch ist es überhaupt in der Lage, im Namen der Rechtssicherheit dringende, über das Interesse der Privaten hinausreichende Forderungen zu erheben. Der Schutz des Erwerbers bei der Versteigerung macht noch kein öffentliches Pfandrecht notwendig.

Von unmittelbarem Wert könnte das Pfandrecht für den Staat nur dann sein, wenn es um die Beitreibung von Ansprüchen des Staates geht. Dabei ist sowohl an die Zwangsbefriedigung privater wie auch öffentlich-rechtlicher Forderungen zu denken. Insofern vermischen sich dann aber die staatlichen Interessen mit denen des Gläubigers. Indem die RAO und die Verwaltungsvollstreckungsgesetze die Vorschrift des § 804 ZPO mehr oder weniger wörtlich übernehmen, wurde damit zugleich auch zum Ausdruck gebracht, daß der Staat sich

4) Siehe auch Herb.Schmidt 48.

5) Börger 11; ähnlich Schwinge 90.

6) Stein-Jonas § 804 Bem. II 2

7) Das verkennt Amend 15, der meint, die Rechtssicherheit sei der Gerechtigkeit übergeordnet.

mit einem privaten Gläubiger, jedenfalls was das Pfändungspfandrecht betrifft, auf eine Stufe stellt und keine Bevorzugung für sich in Anspruch nimmt⁸⁾. Daran ändert auch der Umstand nichts, daß es um die Beitreibung öffentlich-rechtlicher Forderungen geht. Wenn dies von Spreng⁹⁾ und Hübschmann-Hepp-Spitaler¹⁰⁾ so deutlich in den Vordergrund gestellt wird, um daraus die publizistische Natur des Pfandrechts des § 344 Abs.1 RAO zu begründen, wird eines übersehen: Das Zusammenfallen der Positionen von Gläubiger und Vollstreckungsbehörde zieht noch keine rechtliche Verstärkung der Gläubigerstellung nach sich¹¹⁾. Gewiß ist zuzugeben, daß der Gesetzgeber bestrebt war, öffentlich-rechtlichen Ansprüchen im Konkurs eine bevorzugte Behandlung zu sichern (§§ 49 Abs.2, 61 Nr.2 KO). Die staatlichen Interessen bei der Zwangsbeitreibung einer Steuerforderung verdienen aber in der Singularexecution keine andere Bewertung als die Interessen eines privaten Gläubigers gegenüber sonstigen Beteiligten.

3. Bei oberflächlicher Betrachtung erscheint zunächst einleuchtend, daß der Gläubiger ein Interesse daran hat, möglichst mit jeder Pfändung ein Pfandrecht und damit eine dingliche Sicherung zu erhalten. Dabei wird als selbstverständlich vorausgesetzt, daß der Erwerb eines materiellen Pfandrechts an einer dem Schuldner nicht gehörigen Sache für den Vollstreckungsgläubiger einen Vorteil mit sich bringt. Dem steht jedoch die Erwägung gegenüber, daß eine solche Vollstreckung ins Leere führt. Denn sie trifft nicht den Richtigen und vermag daher auch nicht den Anspruch zu befriedigen¹²⁾. Sie führt zu einer grundlosen Bereicherung, welche der Gläubiger dem Eigentümer der verwerteten Sache herauszugeben hat. Schon deswegen ist es wenig zweck-

8) Bes.deutlich in diesem Sinne § 17 Abs.3 der preuß. VerwVollstrVO vom 15.Nov.1899: "Die Pfändung hat die gleichen Wirkungen wie eine nach der Zivilprozeßordnung erfolgte Pfändung".

9) Staudinger-Spreng § 1204 Bem. 19a.

10) Hübschmann-Hepp-Spitaler § 344 RndNr. 4.

11) Anders Bettermann JZ 1960, 337.

12) So auch Lücke AcP 153, 544; Öfftr.Theorie 116.

mäßig, dem Gläubiger in solchen Fällen ein materielles Pfandrecht zu geben¹³⁾. Es würde den Pfandeigentümer grundlos belasten, ohne für den Gläubiger einen wirklichen - geschweige denn berechtigten - Vorteil zu bieten. Wenn nun Schönke¹⁴⁾ einwendet, nach der herrschenden Meinung müsse die Befriedigung des Gläubigers aus nichthaftendem Vermögen unzulässig sein, so geht das am Eigentlichen vorbei: Die Forderung erlischt nur dann, wenn der Gläubiger aus dem Vermögen des Schuldners befriedigt wird. Eine zwangsweise Befriedigung aus schuldnerfremdem Vermögen ist überhaupt unmöglich¹⁵⁾. - Nichts anderes gilt aber auch für den Fall, daß der Gläubiger wegen einer nicht mehr bestehenden Forderung vollstrecken läßt (z.B. Zahlung nach Erlaß des Urteils). Mit Recht sagt daher Bruns¹⁶⁾, es sei sinnvoll, den materiellen Vermögenszuwachs, den der Gläubiger in Form des Pfändungspfandrechts erhält, von der Vollstreckungsberechtigung (des Gläubigers) abhängen zu lassen und nicht allein von einer gültigen Pfändung. Ganz ähnlich führt auch Baur¹⁷⁾ aus, es sei unerfindlich, wie der Staat dem Gläubiger ein materielles Pfandrecht soll verschaffen können, wenn dem Gläubiger eine Forderung nicht zusteht oder die gepfändete Sache einem Dritten gehört.

4. Lükes Kritik an dem von Baur gebrauchten Ausdruck "materiell"¹⁸⁾ geht von dem Gedanken aus, daß seine "formelle" Theorie keinen der Beteiligten belasten und daher auch nicht in seiner Interessenlage beeinflussen

13) Ähnlich Herb.Schmidt 48 f:Schutzwürdig ist der Gläubiger nur dann, wenn das nach dem Titel haftende Vermögen ergriffen wird.Börger 11 f. Siehe auch Stein 44.

14) Stein-Jonas § 804 Bem.II 2.

15) Anderenfalls könnte es im Falle der Verwertung einer dem Schuldner nicht gehörigen Sache keinen Anspruch nach § 812 BGB geben. Das hat auch Lüke (AcP 153,539ff, insbes.544) scharf erkannt.

16) Bruns 85.

17) Schönke-Baur 101.Ebenso auch Schwinge IX; vgl.ferner Schwinge 90: Ein Pfandrecht an einer beim Schuldner gepfändeten Sache eines Dritten wäre eine Bevorzugung des Gläubigers, die gesetzespolitisch nicht zu rechtfertigen ist.Dem hat sich Herb.Schmidt 49 angeschlossen. Ähnlich auch Michel 13.

18) Lüke JZ 1957, 243.

kann. Solange das Pfändungspfandrecht nicht in der Lage ist, dem Gläubiger einen Vermögenszuwachs durch Abspaltung eines dinglichen Rechts zu verschaffen und auf seiten des Eigentümers eine entsprechende Vermögensverminderung zu verursachen, muß einem "prozessualen" Gebilde zugestanden werden, daß es (da materiell wesenlos) den Schuldner bzw. den Eigentümer der Pfandsache nicht mehr beeinträchtigt als auch die Pfändung nach herrschender Auffassung.

Dieser Gedanke stößt selbst dann auf keine tiefer greifenden Bedenken, wenn man die "materiellen Nebenwirkungen" des Pfandrechts nach § 804 Abs.2 und 3 ZPO ins Auge faßt, was im Schrifttum freilich nicht mit der wünschenswerten Klarheit erkannt worden ist. Das Pfandrecht soll die Verhältnisse des Gläubigers zu Mitgläubigern und zur Konkursmasse regeln. Es ist nicht zu leugnen, daß eine publizistische Theorie (genauso übrigens wie die abstrakt-privatrechtliche) zunächst zu materiellen Fehleinordnungen kommen kann, während sich das Pfandrecht der gemischt privat-öffentlich-rechtlichen Lehre von vornherein "richtig" den materiellen Verhältnissen anzupassen vermag. Die sich bloß nach dem Zeitpunkt der Pfändung richtende Rangordnung der einzelnen Gläubiger bedarf bei der publizistischen Auffassung noch einer gestaltenden Umordnung, einer Entwirrung. § 878 Abs.1 ZPO eröffnet dann aber die Möglichkeit, ein durch frühere Pfändung prozessual, nicht aber materiell begründetes Recht des erstpfindenden Gläubigers auf Befriedigung vor den später pfändenden aus der Welt zu schaffen¹⁹⁾ und zugleich dem "besseren Recht" des

19) Folgerichtig muß nach der publizistischen Pfandrechts-theorie die Klage des § 878 ZPO eine prozessuale Gestaltungs-klage sein, da die Rangverhältnisse am Erlös neu geordnet werden müssen. Richtig Baumbach-Lauterbach § 878 Bem.2A; Martin 80 ff; ferner auch Rosenberg 1038. Inkonsequent Stein-Jonas § 878 Bem.III: Die Klage des § 878 ZPO sei mit der Klage nach § 146 KO vergleichbar. Dieser Vergleich ist indessen nur für die gemischt privat-öffentlich-rechtliche Meinung vertretbar, da sich hier die Pfandrechte von mehreren konkurrierend pfändenden Gläubigern von Anfang an richtig einordnen können und diese Einordnung nur noch der Feststellung bedarf.

Nachstehenden zur Geltung zu verhelfen. Die Frage nach dem "besseren Recht", an der auch die öffentlich-rechtliche Theorie bei der Widerspruchsklage nicht vorbeigehen kann, ist aber nichts anderes als die Frage, wie es "an sich" sein müßte. Die auf seiten der Gegner der herrschenden Meinung so weit verbreitete Ansicht, die gemischt privat-öffentlich-rechtliche Theorie sei unpraktisch²⁰⁾, trifft demzufolge offenbar nicht zu. Vielmehr ist Kuchinke²¹⁾ zuzustimmen, wenn er treffend bemerkt, keiner Theorie bleibe es erspart, irgendwann die Frage nach der materiellen Zuordnung zu beantworten. Der Unterschied von publizistischer und gemischt-rechtlicher Auffassung bei den Rangverhältnissen an der gepfändeten Sache zeigt sich im Verteilungsverfahren also im wesentlichen nur darin, daß die Widerspruchsklage einen jeweils anderen Rechtscharakter erhält²²⁾. Ob es sich dabei um eine Feststellungs- oder prozessuale Gestaltungsklage handelt, dürfte jedoch für die Interessen der Beteiligten belanglos sein²³⁾.

- 20) Stein-Jonas § 804 Bem.I: Aus dem Nebeneinander von öffentlich-rechtlicher Verstrickung und bürgerlich-rechtlichem Pfandrecht erwachsen "nicht unerhebliche praktische Schwierigkeiten". Dagegen mit Recht jetzt Schwinge VIII Note 2.
- 21) Kuchinke JZ 1958, 200 Note 28, der diesen Satz allerdings in erster Linie für die Bereicherungshaftung ausgesprochen hat.
- 22) Martin 113 ff versucht, aus der Sicht des Verteilungsverfahrens noch ein - seiner Meinung nach besonders schwerwiegendes - Argument gegen die Vertreter der h.L. herzuleiten. Für die h.M., so behauptet Martin durchaus zutreffend, könne der Fall eintreten, daß zwei Gläubiger dieselbe Sache pfänden lassen und beide aus irgendwelchen Gründen dann kein Pfändungspfandrecht erwerben. - Indes ergeben sich aus dieser Fallsituation für die gemischt-rechtliche Theorie keineswegs "unlös-bare Schwierigkeiten", wie Martin aaO meint. Die Frage nach dem "besseren Recht" i.S.des § 878 ZPO läßt sich für die gemischt privat-öffentlich-rechtliche Theorie nicht ausschließlich nach den Pfandrechtsverhältnissen klären. Martin 114 meint zwar, aus § 804 Abs.3 ZPO ergebe sich, daß die Rangfolge der Gläubiger allein von den Pfändungspfandrechten bestimmt werde. Jedoch beweisen die Ausführungen von Martin, daß auch die öffentlich-rechtliche Auffassung nicht mit dem Pfändungspfandrecht auskommt, vielmehr neben dem "formellen Rang" des Pfändungspfandrechts noch einen "materiellen Rang" anerkennen muß (vgl. insbes. Martin 301 ff). Damit

Aber auch im Konkurs ergeben sich für die Lehre Lükess keine bedeutsameren Schwierigkeiten, da jederzeit die Möglichkeit besteht, ein materiell unbegründetes Absonderungsrecht des Gläubigers abzuwehren²⁴⁾. So wird es unerheblich sein, ob der Konkursverwalter im Prozeß um das Absonderungsrecht des Gläubigers nur die Nichthaftung des Gemeinschuldners beweisen muß (Pfändung einer schuldnereigenen Sache) - so die herrschende Meinung - oder ob er diese Einwendung in Form einer Widerspruchsklage (§ 771 ZPO - als Widerklage) vorzubringen hat, wie es die Gegner der gemischt-rechtlichen Auffassung annehmen müssen.

5. Mit dem Gedanken einer übermäßigen Belastung des Schuldners und sonstiger Beteiligten ist deshalb an Lükess Meinung schwerlich etwas auszusetzen. In der Tat trifft daher Baur's Hinweis nicht das "formelle" Pfandrecht, weil es über keinerlei Substanz verfügt, welche zu erkennbaren Beeinträchtigungen führen könnte. Diese Feststellung verdient auch kaum eine Einschränkung im Hinblick auf das mittelbare Verwertungsrecht Lükess, das

ergibt sich für sämtliche Theorien über das Pfandpfandrecht eine Notwendigkeit: Haben mehrere Gläubiger fehlerhafte Positionen inne, so läßt sich das "bessere Recht" nicht mit Hilfe des Rangs der Pfandpfandrechte, sondern nur anhand anderer Gesichtspunkte feststellen. Insofern ist die h.M. durchaus in der Lage, dieselben praktischen Ergebnisse zu erzielen wie die publizistische Auffassung. - Zu den möglichen Fallgestaltungen vgl. die eingehenden Untersuchungen von Martin. - Es ist allerdings unrichtig, wenn Martin 311 bemerkt, die publizistische Theorie ermögliche allein eine systematisch klare und richtige Entscheidung der Erlösstreitigkeiten.

- 23) Nicht unerhebliche dogmatische Schwierigkeiten ergeben sich allerdings (bei Annahme einer Gestaltungs- klage) im Falle der Versäumung der Widerspruchsklage, wenn dann Bereicherungsklage (§ 878 Abs. 2 ZPO) erhoben wird. Wie kann die Kondiktionsklage nachträglich die Rangverhältnisse von schon längst erloschenen Pfandrechten umschichten?
- 24) Das übersieht z.B. Fries 41.

zwar für die Dogmatik ein Ärgernis ist²⁵⁾, aber als bloß konstruktives Hilfsmittel nicht fühlbar auf die Rechtsstellung der Beteiligten einwirkt. Gewiß bietet Lücke insofern keine Angriffsfläche; das gleiche gilt aber nicht für jene Gegner der herrschenden Lehre, die von einem dinglichen Pfändungspfandrecht ausgehen.

Daher ist nicht einzusehen, warum Amend²⁶⁾ sich als Anhänger eines dinglichen Rechts gegen Baur wendet. Das Entstehen eines dinglichen Pfandrechts zugunsten eines Gläubigers an einer dem Schuldner nicht gehörigen Sache, wie es ferner die Vertreter einer materiell-öffentlich-rechtlichen oder abstrakt-privatrechtlichen Pfandrechts-theorie annehmen, verstößt gegen das Verbot des Übermaßes²⁷⁾. Die §§ 777, 803 Abs.1 Satz 2 und 818 ZPO lassen erkennen, daß der Gesetzgeber die gesamte Zwangsvollstreckung unter den heute schon verfassungsrechtlich vertieften²⁸⁾ Grundsatz der Erforderlichkeit gestellt hat²⁹⁾. Der Schuldner darf in seiner Rechtsstellung nur soweit als unbedingt notwendig beschränkt werden. Die ZPO hat sich damit dem Prinzip einer größtmöglichen Schonung der Interessen des Vollstreckungsunterworfenen verschrieben³⁰⁾.

25) Vgl. oben S. 94.

26) Amend 19.

27) Dieser Gesichtspunkt klingt auch bei Schwinge 90 an.

28) Dazu vor allem: Lerche, Übermaß und Verfassungsrecht, insbes. 53 ff, wo er das Übermaßverbot (Oberbegriff für die Prinzipien der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit) mit Hilfe der "sinnvariiierenden und produzierenden Kraft des rechtsstaatlichen Leitbildes" (S. 56) in den Begriff des Rechtsstaates hineinprojiziert. Ansatzpunkt dafür ist der Grundsatz der Berechenbarkeit des staatlichen Handelns (S. 58). - Zweifel erweckt jedoch Lerches Annahme (S. 140 ff), daß dem Übermaßverbot im Bereich des Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG (wo auch die Frage des materiellen Pfändungspfandrechts hingehört) keine Geltung bestimmt sei. - Die Frage mag aber dahingestellt bleiben, da der Grundsatz der Erforderlichkeit sowieso in der Zwangsvollstreckung gilt.

29) Demgegenüber enthält z. B. § 803 Abs. 2 ZPO den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.

30) Vgl. auch Hahn 449, 450; ferner die Begründung des Entwurfs von 1897 zur Änderung der ZPO, S. 117 f (§ 777 ist erst mit der Novelle vom 17. Mai 1898 in die ZPO eingefügt worden). - Zu § 777 und 803 ZPO auch Müller 48 ff, 51 ff.

6. War bisher nur von der materiellen Seite der Vollstreckungsberechtigung die Rede, so stellt sich nun die Frage nach dem Entstehen des Pfandrechts im Fall nicht ordnungsmäßiger Vollstreckung. Gewiß kann die Verwertung einer unpfändbaren Sache zur Befriedigung des Gläubigers führen, selbst wenn mit der Pfändung kein Pfandrecht entstanden sein sollte³¹⁾. Insofern ist also das Entstehen eines Pfändungspfandrechts nicht notwendig, um jenes Ergebnis zu stützen.

Das Problem des Pfändungspfandrechts bei Verletzung von formellen Vorschriften liegt in der Interessenabwägung selbst: Läßt sich der Verstoß gegen eine Norm, welche wesentliche Interessen der Öffentlichkeit oder vitale Interessen des Schuldners zu schützen sucht, mit dem Entstehen eines materiellen Pfandrechts vereinbaren? Schwinge³²⁾ verneint diese Frage; nur im Fall der Verletzung von weniger wichtigen Interessen soll die Pfändung ein Pfandrecht nach sich ziehen³³⁾. Die differenzierende Lösung Schwinges hat wiederholt Widerspruch gefunden. Jauernig³⁴⁾ lehnt sie als zu kompliziert ab. Daher sollen Verstöße gegen formelle Bestimmungen, wie auch schon Vogel behauptet hat³⁵⁾, für das Pfandrecht generell unerheblich sei; allerdings besteht dann die Möglichkeit, das Pfandrecht im Wege einer Anfechtung der Pfändung (nach § 766 ZPO) zu beseitigen. Es erscheint nun fraglich, ob sich mit dem Hinweis auf die

31) Das erkennt Vogel 17 in seiner Kritik an Schwinge. Vogel meint, der Gläubiger könne sich in diesem Fall einer Kondition nur durch Aufrechnung mit der Titelforderung erwehren. Vgl. auch oben S. 56 Note 26.

32) Vgl. Schwinge 64 ff, 77 ff.

33) gegen welches der Schuldner allerdings vorgehen kann, indem er die Pfändung mit § 766 ZPO angreift. Schwinge 101 ff. Der Verstoß gegen bloße Ordnungsvorschriften soll nicht einmal Anfechtbarkeit des Pfandrechts herbeiführen. Siehe dazu Schwinge 104 ff.

34) Lent-Jauernig 48. Gegen Schwinge auch Martin 169 Note 2.

35) Vogel 14 ff, der selbst dann ein wirksames (aber anfechtbares) Pfandrecht bejaht, wenn die Vollstreckungsklausel fehlt (Vogel 19) - ein Ergebnis, das wohl kaum zu billigen ist.

Kompliziertheit schon etwas gegen die Meinung Schwinges aussetzen läßt, zielt doch ihr Grundanliegen auf eine möglichst individuelle Berücksichtigung der Interessenlage ab. In Ermangelung einer gesetzlichen Regelung läßt sich nun einmal das schwierige Problem des Pfandrechts im Fall des unzulässigen Vollstreckungsbetriebes allein aus einer Interessenabwägung lösen, kaum aber durch starren Schematismus. - Man mag sich nun in zahlreichen Einzelfällen darüber streiten, ob der Verstoß gegen eine Zulässigkeitsvoraussetzung der Entstehung eines Pfändungspfandrechts feindlich gegenübersteht oder nicht. Viel wichtiger ist die Erkenntnis, daß gerade dem Pfändungspfandrecht der herrschenden Meinung die Kraft innewohnt, sich ganz den Interessen der Beteiligten anzupassen.

§ 10 Akzessorietät des Pfändungspfandrechts

1. Die Gesichtspunkte der Vollstreckungsberechtigung und der Erforderlichkeit haben den Weg für die Klärung der Akzessorietätsfrage geebnet¹⁾. Mit der Feststellung, daß es nicht notwendig sei, "den Gläubiger dem Schuldner und Dritten gegenüber mit Rechten auszustatten, die er nicht verdient, weil er keine Forderung besitzt"²⁾, ist das Problem aber noch nicht gelöst. Denn Vollstreckungsberechtigung und Existenz einer materiellen Forderung sind nicht dasselbe³⁾. Gerade die Inkongruenz der beiden Begriffe ist es, aus der eine ganze Reihe von Schwierigkeiten resultiert.

2. Stein⁴⁾ hat mit aller Entschiedenheit die Meinung vertreten, das Pfändungspfandrecht lehne sich allein an die materielle Forderung des Gläubigers an. Als gänzlich unhaltbar weist er die Vorstellung zurück, daß das Pfandrecht gegenüber dem Vollstreckungsanspruch oder dem Vollstreckungsrecht akzessorisch sei. "Wo kein Anspruch des Gläubigers besteht, entsteht kein Pfändungspfandrecht, selbst wenn der Titel ein rechtskräftiges Urteil sein sollte". - Diese Ansicht hat eine sehr zahlreiche Anhängerschaft gefunden⁵⁾. Herb. Schmidt⁶⁾

1) Es erübrigt sich demnach, im einzelnen auf die Argumente der Gegner jeglicher Akzessorietät einzugehen. Dazu gehören: Geib 85; R. Schmidt 934; Weismann II 122; Goldschmidt, Ungerechtfertigter Vollstreckungsbetrieb 36, 56, 79; Mainka 22 f; Spohr 21 f; Sydow-Busch § 804 Bem. 1 A; Kaufmann 33; Rosenberg 998, 1037; Pagenstecher Gruch 50, 290 ff, RheinZ 6, 512. Zur Widerlegung Pagenstechers sei auf die Ausführungen von Schwinge 99 f verwiesen. Vgl. auch Martin 110/111.

2) Herb. Schmidt 45.

3) Vgl. Bruns 85 f.

4) Stein 32; aber auch schon Riehl 6, 29, 34 f, 77; Ruhstrat ZZP 14, 473. Stein selbst ist allerdings zunächst anderer Meinung gewesen. Vgl. Gaupp-Stein, 8./9. Aufl. 1908, § 804 Bem. II 5 (bes. Note 10).

5) Schwinge 98 f; Pappenheim 39 f; Goldschmidt, Prozeß als Rechtslage 178 Note 971; Zivilprozeßrecht 344; bei Pappenheim 100; K. Blomeyer 77 f; Braun 11;

weist allerdings einschränkend darauf hin, daß eine Sicherung durch das Pfandrecht nur insofern eintreten kann, als die Forderung den im Schuldtitel angegebenen Betrag nicht übersteigt. Hat der Gläubiger nur für einen Teil der Forderung einen Titel erlangt, so ist nur der Teilbetrag der Forderung durch das Pfandrecht gesichert.

3. Es erscheint insofern angebracht, von einer notwendigen "Einkleidung des materiellen Anspruchs in den Vollstreckungstitel"⁷⁾ zu sprechen. Nunmehr stellt sich aber die Frage, ob nicht der Titel im Verhältnis zur materiellen Forderung ein solches Übergewicht besitzt, daß selbst dann ein Pfändungspfandrecht entsteht, wenn der "Gläubiger" zu Unrecht ein günstiges Urteil erwirkt hat. - Zur Klärung dieses schwierigen Problems ist zunächst von der Ansicht Steins auszugehen und zu prüfen, inwiefern der Schuldner sich dem Gläubiger gegenüber und mehrere Gläubiger untereinander (im Verteilungsverfahren) sich auf die Unrichtigkeit eines Titels berufen können⁸⁾. Sollten sich hierbei Einschränkungen ergeben, so wäre weiter zu fragen, ob sich daraus Folgerungen für eine Einengung der Akzessorietät des Pfändungspfandrechts ziehen lassen.

4. Stein⁹⁾ weist darauf hin, daß auch ein rechtskräftiges Urteil nicht die Existenz eines Anspruchs

de Boor-Erkel 58; Dietrich 24; Fragistas 18; Fries 16 ff; Herb.Schmidt 45 f; Sigrist 38 f; Otto Hein 291; Wolfig.Hein, Identität II 92 ff, 202 f; Hellwig-Oertmann, System II 297 ff, 401; Kelleter 31 f; Lent, 6.Aufl.1956, 45 (wohl auch noch in der 8.Aufl. S.47); Michel 14 ff; Rosenberg, 7.Aufl. 1956, 954; Schroeter 25; Weidmann 20; Senff 17; Vogel 37 ff; Weber 33 f; Wolff-Raiser 685 Note 30; Förster-Kann § 804 Bem.3; Palandt Vorbem.4 d vor § 1204; Eichler II 2, 547.

6) Herb. Schmidt 46; ebenso Fries 27.

7) Bruns 86.

8) Dieselben Fragen stellen sich übrigens auch für die Vertreter der öffentlich-rechtlichen Theorie. Vgl. Martin 231 ff.

9) Stein 32; ebenso schon Riehl 7.

z.Zt. der Pfändung garantiere. Das ist sicherlich richtig, wird aber noch nicht der Problematik des Fehlurteils¹⁰⁾ in der Vollstreckung gerecht. - Schwinge¹¹⁾ meint, ohne Einschränkung auf die begriffswesentliche¹²⁾ Akzessorietät des Vertragspfandes zurückgreifen zu können; die ZPO gebe keine Antwort auf die Frage, ob der "Sicherungsgrund" im Vollstreckungstitel zu suchen ist oder in dem privatrechtlichen Anspruch des Gläubigers¹³⁾. Von wieder anderer Seite wird gelehrt: Wenn das Pfändungspfandrecht nicht gegenüber dem materiellen Anspruch des Gläubigers akzessorisch sei, so sei das ein unerträglicher Einbruch in die zivilistische Systematik¹⁴⁾.

Für die rechtskräftige Fehlentscheidung kann kein Zweifel bestehen, daß sie für Gläubiger und Schuldner auch in der Zwangsvollstreckung bindend ist. Sollte also der Schuldner nach der Pfändung auf Feststellung klagen (die Frage des Feststellungsinteresses bleibe dahingestellt), daß dem Gläubiger kein Pfandrecht zusteht, weil eine Forderung nie bestanden habe, so handelt es sich zwar nicht um denselben Streitgegenstand wie bei dem Prozeß über die Forderung. Der Anspruch ist nach der Lehre Steins aber Voraussetzung für die Existenz eines Pfandrechts, er ist also präjudiziell für das dingliche Verhältnis¹⁵⁾. Somit tritt im späteren Prozeß über das Pfändungspfandrecht Rechtskraftwirkung ein. Der Richter darf demgemäß das Bestehen des Pfändungspfandrechts nicht deshalb verneinen, weil etwa der von den Parteien geschlossene Vertrag nichtig - und daher keine Forderung entstanden ist. - Nichts

10) Vgl.dazu den Aufsatz von Sax ZZP 67, 21 ff.

11) Schwinge 98.

12) Riehl 35 rechnet die Akzessorietät zu den "aus der innersten Natur des Pfandrechts abgeleiteten Sätzen".

13) ähnlich auch Weidmann 20.

14) Fries 18. Siehe auch Michel 16.

15) Dazu A. Blomeyer 458 f, 476 f; ZZP 75, 20, 9.

anderes gilt auch in dem Fall, daß der Vollstreckungsschuldner nach Pfändung in Konkurs fällt und nun der Konkursverwalter das Absonderungsrecht des Gläubigers mit der Behauptung bestreitet, daß ein Anspruch nie bestanden habe¹⁶⁾.

5. Während also bei rechtskräftigen Fehlentscheidungen keine Möglichkeit besteht, sich erfolgreich auf den Mangel eines Pfändungspfandrechts zu berufen, scheint es zunächst bei nur vorläufig vollstreckbaren Titeln anders zu sein. So lehrt Bruns¹⁷⁾, für der Rechtskraft entbehrende Titel komme es auf den wahren Bestand der Forderung an. Demgegenüber geht neuerdings Jauernig¹⁸⁾ einen Schritt weiter, indem er auch bei vorläufig vollstreckbaren Urteilen den Rückgriff auf das materielle Recht ausschließt.

Eine Berufung auf die Rechtshängigkeit der in dem vorläufig vollstreckbaren Titel festgestellten Forderung hilft hier nicht weiter. Denn nach allgemeiner Ansicht¹⁹⁾ beschränkt sich die Wirkung der Rechtshängigkeit auf die Identität der Streitsache. Darin unterscheidet die Rechtshängigkeit sich ihrem Umfange nach von der Rechtskraft, welche den späteren Richter auch bei Präjudizialität bindet²⁰⁾. A.Blomeyer bemerkt dazu, der Grundsatz, widersprechende Entscheidungen zu vermeiden, werde im Verbot

16) Vgl. auch Bettermann 176.

17) Bruns 86/87; ebenso Schöнке-Baur 102.

18) Lent-Jauernig 49.

19) RGZ 50, 416 (419); 54, 49 (50); 158, 145 (150); RG JW 1915, 1031 (1032); Bettermann, Rechtshängigkeit und Rechtsschutzform 10; Stein-Jonas § 263 Bem.III 1; A.Blomeyer 245; Rosenberg 482/483; Rosenberg widerruft sich dann freilich selbst, indem er eine Ausdehnung der Rechtshängigkeit über § 767 Abs.2 annimmt. Dazu noch im folgenden.

20) Die Motive der ZPO gehen freilich davon aus, daß die "Einrede" der Rechtshängigkeit denselben Umfang hat wie die "exceptio rei iudicatae", Hahn 259.

mehrfacher Prozesse nicht voll durchgeführt²¹⁾. - Diese Feststellung genügt freilich noch nicht, um die Richtigkeit der Lehre von Bruns zu erweisen.

Der Ansatzpunkt zur Lösung des Problems läßt sich in § 767 Abs.2 ZPO (entsprechend § 796 Abs.2) finden²²⁾. Die Vollstreckungsabwehrklage ist auch gegen nur vorläufig vollstreckbare Titel zulässig. Trotzdem aber erfährt der Kläger in seinem Vorbringen schon jetzt eine Einschränkung, indem ihm alle vorgeborenen Einwendungen abgeschnitten werden. Hierzu scheint in Widerspruch zu stehen, daß man allgemein die Ausschlußwirkung des § 767 Abs.2 ZPO als die Folge der Rechtskraft bezeichnet²³⁾. - Freilich ist die Präklusion nicht erst unmittelbare Folge des Eintritts der Rechtskraft, sondern steht neben dieser, ja vermag ihr sogar zeitlich voranzugehen. Sie stellt die Konsequenz aus dem Konzentrationsgrundsatz dar; insofern ist § 767 Abs.2 in eine Linie mit den §§ 279, 529 ZPO einzuordnen. Die Bedeutung des § 767 Abs.2 erschöpft sich aber keineswegs in der Aufgabe, auf die Parteien des Erkenntnisverfahrens als prozessuales Druckmittel einzuwirken. Der Gesetzgeber hat die Wirkung der Rechtskraft auf den mit der Klage geltend gemachten Anspruch beschränkt; Tatbestand und Entscheidungsründe sind hingegen von der Rechtskraft aus-

- 21) A. Blomeyer 245. Ähnlich Stein-Jonas § 263 Bem.III 1. Immerhin besteht nach § 148 die Möglichkeit einer Aussetzung (- aber keine Verpflichtung dazu).
- 22) Auf § 767 hat allerdings auch schon Pagenstecher aufmerksam gemacht: Gruch 50, 292. Doch läßt sich aus dieser Bestimmung keineswegs ableiten, "daß das Vollstreckungsrecht durch das Erlöschen der Forderung nicht ipso iure wegfällt". Pagenstecher begeht einen ganz ähnlichen Fehler wie Müller bei § 771. Vgl. dazu oben S. 18.
- 23) Z.B. Bruns 59; A. Blomeyer 237; Rosenberg 755; Schwab 169; Stein-Jonas § 322 Bem.VIII 3; Habscheid AcP 152, 172 u.a. - Bley JW 1938, 2250 sieht im § 767 Abs.2 einen "Ausdruck der Rechtskraft des Urteils". Der BGH (ZZP 74, 187, 189) spricht davon, daß die Rechtskraft verwehrt, sich zur Begründung der im Vorprozeß in Anspruch genommenen Rechtsfolge auf Tatsachen zu stützen, die schon z.Zt. der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung vorgelegen haben. Hierzu auch Zeuner ZZP 74, 191.

geschlossen (§ 322 ZPO)²⁴⁾. Wenn aber - wie man heute sagt²⁵⁾ - der sich aus Tatbestand und Rechtsanwendung ergebende Subsumtionsschluß des Richters als ganzes in Rechtskraft erwächst, so bedarf der "Unterbau" der Entscheidung, die einzelnen Urteilelemente, eines besonderen Schutzes²⁶⁾. Denn der rechtskräftig festgestellte Anspruch kann sich als solcher - d.h. allein auf Grund der Rechtskraft - nicht gegen den Angriff auf eine der Grundlagen des Urteils wehren²⁷⁾. Daher ist es erforderlich, daß alle zur Zeit der letzten Tatsachenverhandlung vorhandenen Fakten für spätere Prozesse über denselben Gegenstand ausgeschlossen werden²⁸⁾. Rosenberg spricht einmal davon, daß § 767 Abs.2 zu § 322 ZPO gehöre²⁹⁾. Das ist richtig. Daher reicht die Ausschließung vorgeborener Einwendungen weit über prozeßökonomische Erwägungen hinaus: Sie ist das "Korrelat der Rechtskraft"³⁰⁾, welches aber nicht erst mit der Rechtskraft zur Wirksamkeit gelangt, sondern sich schlechthin mit dem Urteil - auch dem vorläufig vollstreckbaren - verbindet³¹⁾. Damit aber ragt § 767 Abs.2 in seiner Bedeutung weit über die Vollstreckungsabwehrklage hinaus, wie auch Rosenberg richtig erkannt hat³²⁾.

24) Vgl. dazu die eingehende Stellungnahme der Mot., Hahn 290 ff; ferner die lebhafteste Diskussion in der Kommission, Hahn 608 f.

25) Schwab 146 ff; Hans-Jürgen Bruns, Teilrechtskraft und innerprozessuale Bindungswirkung des Strafurteils, 1961, S.119 ff u.a.

26) Der in § 767 Abs.2 genannte Zeitpunkt ist die Konsequenz aus der zeitlichen Abgrenzung der Rechtskraft, obwohl diese nirgends normiert ist.

27) Vgl. auch Schwab 168 (oben).

28) Vgl. Habscheid AcP 152, 172.

29) Rosenberg SJZ 1950, Sp. 314. Siehe auch BAG 7, 36 (43): "Sinn und Inhalt des Präklusionsprinzips stehen im engsten Zusammenhang mit dem Wesen der Rechtskraft".

30) Siehe Rosenberg SJZ 1950, Sp.314; Habscheid AcP 152, 173; Schwab 169.

31) Wenn man im Zusammenhang mit §§ 616, 767 Abs.3 ZPO von einer "rechtskraftfremden Präklusion" spricht (Nikisch AcP 154, 291; A.Blomeyer 474, 687; Schwab 170), so ist bei § 767 Abs.2 zwar eine starke Beziehung zur Rechtskraft vorhanden, trotzdem handelt es sich aber auch hier um Verschiedenes.

32) Rosenberg 963. Siehe auch A.Blomeyer 247. Es ist aller-

Zwar stellt ein vorläufig vollstreckbares Urteil den Anspruch des Gläubigers noch nicht endgültig bindend fest³³⁾; gleichwohl aber kann der Schuldner in der Zwangsvollstreckung keine Einwendungen erheben, welche dem Urteil die Grundlage entziehen würden³⁴⁾ - selbst dann nicht, wenn jene Gründe tatsächlich oder rechtlich zutreffend wären³⁵⁾. Alles, was auf eine abweichende Feststellung des Sachverhalts oder eine anderweitige rechtliche Würdigung abzielt, ist ausgeschlossen³⁶⁾.

dings unrichtig, wenn Rosenberg 483 in § 767 Abs.2 eine Ausdehnung der Wirkungen der Rechtshängigkeit sieht wie bei § 616. Es gibt keine Präklusion kraft Rechtskraft und/oder kraft Rechtshängigkeit. Siehe aber Bettermann 49 Note 78. Wenn schon die Rechtskraft sich nicht auf Einwendungen bezieht (eine einzige Ausnahme ist § 322 Abs.2 ZPO), so kann das genauso wenig bei der Rechtshängigkeit der Fall sein. Der Fehler Rosenbergs liegt darin, daß er in der Ausschlußwirkung des § 767 Abs.2 keine selbständige Wirkung des Urteils sieht. (Zudem würde bei vorläufig vollstreckbaren Titeln der Gedanke an die Rechtshängigkeit höchstens zu einer obligatorischen Aussetzung - über § 148 hinaus - führen können, niemals aber zu einer Präklusion).

- 33) Bettermann 120 sucht eine Erklärung zu finden, warum auch hier Präklusion eintritt. Darauf soll unten noch eingegangen werden.
- 34) Daher ist es ungenau, wenn z.B. Bettermann 46 von Einwendungen spricht, welche durch die Rechtskraft eines Titels präkludiert werden. Ähnlich auch Stein 106; Pappenheim 63.
- 35) Präklusion tritt auch bei Versäumnisurteilen ein. Solange Einspruch zulässig ist, kann sich allerdings die Wirkung noch nicht zeigen. Die Ausnahme in § 767 Abs.2 für Versäumnisurteile erklärt sich allein aus prozeßtechnischen Überlegungen. Vgl. dazu die Beratungen der Kommission, Hahn 817 f; ferner Bettermann, Rechtshängigkeit 49 f. - Ebenso gilt § 767 Abs.2 auch für die Vorbehaltsurteile nach §§ 302 Abs.1 und 599 Abs.1. Zwar könnte behauptet werden: Weil im Urteil noch nicht alle Einwände des Beklagten behandelt worden sind, können ihm diese auch nicht durch Präklusion abgeschnitten werden. Dabei wird allerdings die Bedeutung der §§ 302 Abs.3 und 599 Abs.3 verkannt. Die Vorbehaltsurteile werden den gewöhnlichen Endurteilen gleichgesetzt. Über die noch ausstehenden Entscheidungspunkte darf demgemäß nur im Nachverfahren (bzw. Rechtsmittelverfahren) entschieden werden. Auch bei einem Vorbehaltsurteil kann folglich die Vollstreckungsgegenklage nur mit nachgeborenen Einwendungen begründet werden.

- 36) Bley JW 1938, 225; Schwab 167, 169, 171.

Die Beschränkung gilt allerdings nicht für das Rechtsmittelverfahren³⁷⁾. Dort allein kann die verurteilte Partei noch Einwendungen (im weitesten Sinne des Wortes) gegen die Richtigkeit des Urteils erheben. Diese Feststellung mag fast selbstverständlich klingen, aus ihr ergibt sich aber, daß die Präklusion sich auch dort bemerkbar macht, wo die im Urteil entschiedene Frage in einem zweiten Prozeß von präjudizieller Bedeutung ist³⁸⁾.

Für das Pfändungspfandrecht steht damit ein erstes Ergebnis fest: Alle Einwendungen gegen die Richtigkeit des Urteils, gleichgültig ob es sich dabei um rechtskräftige oder vorläufig vollstreckbare Entscheidungen handelt, sind dem Schuldner in der Zwangsvollstreckung genommen.

6. Hat sich bisher im Verhältnis von Gläubiger und Schuldner die prozessuale Gleichwertigkeit von rechtskräftigen und nichtrechtskräftigen Urteilen erwiesen, so gilt es nun, in ähnlicher Weise die Beziehungen konkurrierend pfändender Gläubiger zu untersuchen.

Der Einfachheit halber sei zunächst von folgendem Fall ausgegangen: Nachdem ein Gläubiger auf Grund eines rechtskräftigen Titels hat pfänden lassen, bewirkt ein zweiter Gläubiger die Nachpfändung. - Die bedeutsame Frage lautet: Kann der nachstehende Pfandgläubiger im Verteilungsverfahren mit der Widerspruchsklage gegenüber dem vorstehenden Gläubiger noch geltend machen, diesem stehe trotz Rechtskraft des Titels keine

37) Vgl. Rosenberg 348; Bettermann 120.

38) Daher dient § 767 Abs.2 zugleich auch der Verhinderung von Entscheidungsdivergenzen, indem der im Vorprozeß Unterlegene (trotz mangelnder Rechtskraft!) im späteren Verfahren nicht mehr vorbringen kann, das Urteil über die präjudizielle Frage habe falsch entschieden. § 767 Abs.2 vermag dann freilich nicht eine Aufhebung der Entscheidung des Vorprozesses im Rechtsmittelverfahren zu verhindern. Es besteht aber die Möglichkeit einer Restitutionsklage: § 580 Nr.6.

Forderung gegen den Schuldner zu³⁹⁾? Die Frage ist sehr umstritten⁴⁰⁾; sie ragt tief in die Problematik der Rechtskrafterstreckung hinein. Im Rahmen der vorliegenden Arbeit ist es nicht möglich, im einzelnen auf die Lehre von den subjektiven Grenzen der Rechtskraft einzugehen. Hier kann auf den grundlegenden Erkenntnissen von Bettermann⁴¹⁾ und A.Blomeyer⁴²⁾ aufgebaut werden⁴³⁾.

- 39) Dagegen hat der erstpfindende Gläubiger kein rechtliches Interesse, die Forderung des später pfändenden Gläubigers zu bestreiten.
- 40) Im wesentlichen bestehen drei Meinungen. Die erste gewährt dem Widersprechenden sämtliche Einwendungen gegen die Forderung des Gegners ohne Rücksicht auf die Rechtskraft: v.Tuhr 176 Note 20, 293 Note 17; Stein-Jonas § 878 Bem.II 2; Förster-Kann § 878 Bem.4a bb; Baumbach-Lauterbach § 878 Bem.2 C; Goldschmidt, Prozeß als Rechtslage 178 Note 971; Hellwig-Oertmann, System II 401, 403; Herb.Schmidt 159; Pappenheim 55 ff; Vogel 39/40; Wolfg.Hein, Identität II 96 Note 38 (97); Martin 232 ff. - Die Gegenansicht dehnt die Rechtskraft auf den später pfändenden Gläubiger aus: Bettermann 177 ff; A. Blomeyer 492; anscheinend auch Bruns 137. - Schließlich gibt es eine ganze Reihe von Stimmen, welche eine Rechtskrafterstreckung zwar strikt ablehnen, das Urteil des Vormanns aber dennoch gegen den Nachstehenden wirken lassen. Die Begründungen sind nicht einheitlich: Stein 103 ff (Gesichtspunkt der zulässigen "exceptio ex iure tertii"); Stein-Jonas, 12./13. Aufl. 1926, § 878 Bem.II 2; RGZ 153, 200 (204) (Beweiswirkung); OLG Celle, OLG Rspr 33, 124 (125); OLG Jena JW 1920, 847 f = SeuffArch 74, 272 f; Sydow-Busch § 878 Bem.3 C (Beweistatsache); Jaeckel-Güthe, 7.Aufl.1937, § 115 Bem.13a; Rosenberg noch in der 8.Aufl.1960, S.1037 (dazu eingehend Martin 235 ff), anders jetzt 9.Aufl.S.1037; Weismann II 161 verwendet anscheinend §§ 767 Abs.2 und 796 Abs.2 als Argument. Siehe weiterhin: Seuffert-Walsmann § 878 Bem. 1c; Ebbecke ZZP 48, 173; OLG Dresden, OLG Rspr 13, 215; Schwab NJW 1960, 2169 (2171) (Drittwirkung der Rechtskraft) - ebenso in ZZP 77, 146.
- 41) Bettermann, Die Vollstreckung des Zivilurteils in den Grenzen seiner Rechtskraft, 1948. Es ist bedauerlich, daß Martin 232 ff allem Anschein nach die Ausführungen von Bettermann übersehen hat.
- 42) A.Blomeyer 476 ff; Rechtskrafterstreckung infolge zivilrechtlicher Abhängigkeit, ZZP 75, 1 ff. Schwab hat neuerdings in ZZP 77, 124 ff zur Lehre von Bettermann und Blomeyer kritisch Stellung genommen.
- 43) Insbesondere haben Bettermann 22, 39, 93 und A. Blomeyer ZZP 75, 8 zutreffend darauf hingewiesen,

Die ZPO hat die Frage der Bindung Dritter an die Rechtskraft des Urteils nur unvollständig behandelt. Bettermann hat als allgemeines Prinzip herausgearbeitet, daß Bindung auch dann eintritt, wenn zu dem streitigen Rechtsverhältnis eine besondere zivilrechtliche Abhängigkeit besteht, die dauerhaft ist und die Bettermann als "Accessorietät" bezeichnet⁴⁴⁾. Dieser Gesichtspunkt erfährt seine Rechtfertigung aus dem Gedanken der Zumutbarkeit. Während die "grundsätzliche" Beschränkung der Rechtskraft sich aus Dispositions- und Verhandlungsmaxime erklärt, "müssen und können Dritte dann durch die Prozeßführung und das Urteil sich beeinträchtigen lassen, wenn und soweit sie den Dispositionen der Parteien unterworfen sind- und das ist dann der Fall, wenn ihre Rechtsstellung von derjenigen einer Partei abhängig ist, und ist im Ausmaß dieser Abhängigkeit der Fall"⁴⁵⁾.

Der Grundsatz der zivilrechtlichen Abhängigkeit trifft auch für das Pfändungspfandrecht zu⁴⁶⁾. Die Begründetheit der Widerspruchsklage hängt von der Existenz eines "besseren Rechts" des widersprechenden Gläubigers ab. Das Pfandrecht des nachstehenden Gläubigers richtet sich in seinem Rang nach dem Bestehen

daß die Frage der Rechtskrafterstreckung nichts mit dem Streit um das Wesen der Rechtskraft zu tun hat. A.A. z.B. noch Herb.Schmidt 159 f; Pappenheim 54 ff; Martin 232 ff u.a.m.

- 44) Bettermann 79 ff. Siehe besonders Note 140: "Accessorietät" ist jede fortlaufende Abhängigkeit, die allerdings keine Abhängigkeit in allen Punkten zu sein braucht.
- 45) Bettermann 85; vgl. auch A.Blomeyer ZZP 75, 10 f.
- 46) Pappenheim 55 begnügt sich freilich mit der kategorischen Feststellung, ein Fall der Rechtskrafterstreckung liege nicht vor; eine solche könne im Gesetz keine Stütze finden. Auch Herb. Schmidt 159 bezeichnet eine Rechtskrafterstreckung als "zweifellos unrichtig". Ähnlich auch Hein, Identität II 96f Note 38; Pagenstecher, Prozeßprobleme 36 Note 9 (37); Martin 235 u.a. - dahinter steht der Gedanke, daß die Rechtskraft nur zwischen den Parteien und "bestimmten" Rechtsnachfolgern gelte. Zu dieser Frage eingehend Bettermann 80 ff.

des Pfandrechts des erstpfindenden Gläubigers; es ist also auch in dieser Hinsicht "akzessorisch". Im Widerspruchsprozeß ist die Forderung des ersten Gläubigers von präjudizieller Bedeutung. Wenn aber der widersprechende Gläubiger seine Einwendung "aus dem Rechtskreis des Schuldners entlehnt"⁴⁷⁾, ohne daß es sich dabei freilich um eine unzulässige "exceptio ex iure tertii" handelt, so folgt aus der Abhängigkeit des materiellen Verhältnisses auch die Abhängigkeit der prozessualen Situation in Form einer Rechtskrafterstreckung.

Die Erstreckung der Rechtskraft im Bereich des § 878 ZPO findet eine Stütze in § 146 Abs.6 KO⁴⁸⁾. - Der Widerspruch gegen eine Forderung, für welche ein Titel besteht, kann nur mit den Mitteln erfolgen, welche gegenüber dem Titel in Betracht kommen⁴⁹⁾. Die Möglichkeiten des widersprechenden Gläubigers beschränken sich daher auf solche Rechtsschutzmittel, die dem Schuldner persönlich zur Verfügung stehen würden, wenn kein Konkurs schwebte. Der Widerspruchsgläubiger ist an die vorgefundene prozessuale Situation gebunden. Bei einem rechtskräftigen Urteil bliebe da nur die Möglichkeit einer Vollstreckungsabwehrklage oder der Wiederaufnahme. Ein vor Konkurseröffnung rechtskräftig gewordenes Urteil bindet daher auch sämtliche Konkursgläubiger⁵⁰⁾. - In der Einzelvollstreckung entspricht

- 47) Bettermann 178. Ganz ähnlich die Argumentation von Stein 106. Vgl.hierzu auch Pagenstecher RheinZ 6,513. Herb.Schmidt 160 bestreitet entschieden, daß es sich überhaupt um eine Einwendung "ex iure tertii" handelt. Ebenso Martin 240.
- 48) Darauf weist besonders auch A.Blomeyer 491/492; ZZP 75, 21 hin. Zu § 146 Abs.6 KO auch Bettermann 176.
- 49) Jaeger-Weber § 146 Bem. 38/39; Mentzel-Kuhn § 146 Bem. 33. Das ergibt sich auch aus der Entstehungsgeschichte des § 146 KO; vgl.Hahn, Die gesammelten Materialien zur Konkursordnung 329, 591.
- 50) Bettermann 176. - Ungenau ist es allerdings, wenn A.Blomeyer ZZP 75, 21 bemerkt: "Soweit dem Schuldner ... Einwendungen durch die Rechtskraft abgeschnitten sind, bleiben sie auch dem widersprechenden Gläubiger versagt; insofern ist auch er der Rechtskraft unterworfen". Die Fragen der Rechtskrafterstreckung und der Geltung des § 767 Abs.2 im

§ 878 ZPO seiner Bedeutung nach dem § 146 Abs.6 KO⁵¹⁾. Dann vermag der widersprechende Gläubiger aber nur die Einwendungen zu erheben, welche der Vollstreckungsschuldner selbst noch geltend machen könnte⁵²⁾. Die schon von Stein erkannte Parallelität der Fälle führt somit ebenfalls zu einer Erstreckung der Rechtskraft⁵³⁾.

7. Bettermann nimmt nun allerdings für die Rechtskrafterstreckung eine ganz erhebliche Einschränkung vor: Eine Ausnahme soll dann gelten, wenn die Rechtskraft der schuldnerischen Verurteilung erst nach der Pfändung des Widerspruchsgläubigers eintritt⁵⁴⁾. Der Schuldner sei nicht in der Lage, zum Nachteil eines Pfandgläubigers einem anderen Pfandgläubiger die diesem fehlende, aber für die Wirksamkeit seines Pfandrechts notwendige Forderung nachträglich zu verschaffen. Der Gläubiger erwerbe mit der Pfändung eine, mindest ebenso feste Rechtsstellung gegenüber dem gepfändeten Teil des schuldnerischen Vermögens, wie sie von der Konkurseröffnung an die Konkursgläubiger gegenüber der Konkursmasse inne haben. Gerade das ist aber die Frage, da bei der Einzelvollstreckung der Schuldner eben nicht die Dispositionsbefugnis über sein Vermögen verliert wie nach § 6 KO⁵⁵⁾. Das mit jeder

Verhältnis der Gläubiger sind zunächst einmal verschiedene Dinge.

51) Vgl. dazu v.Tuhr 124, 176 Note 20 (177); Stein 105; Rosenberg, 3.Aufl.1931, S.706; Bettermann 177.

52) Dazu auch RGZ 121, 349 (352); Bettermann 177/178.

53) Herb.Schmidt 160 f sucht das Argument aus § 146 Abs.6 KO durch den Hinweis zu entkräften, daß erhebliche Unterschiede zwischen Einzelvollstreckung und Konkurs bestehen. Im Konkursverfahren handele es sich darum, ob der Gläubiger überhaupt teilnahmeberechtigt sei, anders im Verteilungsverfahren. Herb.Schmidt übersieht freilich, daß es hier nicht allein um den Vorrang des Gläubigers geht. Bettermann 177 macht darauf aufmerksam, daß das Widerspruchsrecht viel weiter reicht. Gerade § 146 Abs.6 KO kann daher als "argumentum a fortiori" für das Verteilungsverfahren angesehen werden. Das übersieht auch Martin 239.

54) Bettermann 180.

55) Es fehlt auch an einer sonstigen, die Rechtskrafterstreckung beschränkenden Norm. Für die Bürgschaft vgl. § 767 Abs.1 S.3 BGB, für das Vertragspfand § 1210 Abs.1 S.2 BGB. Dazu auch Bettermann 137 ff, 140 f.

wirksamen Pfändung verbundene Veräußerungsverbot stellt nichts Gleichwertiges dar, hindert es den Schuldner doch nicht daran, eine nichtexistente Forderung im Prozeß anzuerkennen oder ein schon eingelegtes Rechtsmittel zurückzunehmen. Wenn es aber für die Einzelvollstreckung an einer Bestimmung fehlt, welche den Schuldner in seiner Dispositionsfreiheit einengt, so legt das den Schluß nahe, daß auch Drittgläubiger die Akte des Schuldners gegen sich gelten lassen müssen.

Ähnlich wie Bettermann argumentiert auch A.Blomeyer⁵⁶⁾: Da die Gefahr bestehe, daß die Parteien die Verhandlungsmaxime zur Verschlechterung der abhängigen Rechtslage ausnutzen, komme eine Rechtskrafterstreckung dann nicht in Betracht, wenn das abhängige Rechtsverhältnis vor der Urteilsrechtskraft begründet wurde. - Was an diesem Gedanken richtig ist, hat aber schon Stein⁵⁷⁾ ausgesprochen: Es wäre ein ganz unannehmbares Ergebnis, wenn der nachstehende Gläubiger gegen den vorstehenden nicht geltend machen könnte, "daß die Prozeßführung des Vorstehenden im Einverständnis mit dem Schuldner, durch sog. simulierten Prozeß, zu einem Urteil geführt hat, hinter dem keine Forderung steht"⁵⁸⁾. - Eine Einschränkung der Rechtskrafterstreckung auf Grund der Kollusionsgefahr erscheint nun aber um so weniger geboten, als ja auch bei einem von Anfang an rechtskräftigen Urteil des erstpfindenden Gläubigers die Möglichkeit besteht, daß nach der gemeinsamen Absicht der Prozeßparteien lediglich eine Drittschädigung erreicht werden sollte. Dann aber müßte der Gedanke an die Gefahr einer Ausnutzung der Verhandlungsmaxime überhaupt zur Ablehnung einer Rechtskrafter-

56) A.Blomeyer 479 (nicht so entschieden allerdings auf S.492); ZJP 75, 12.

57) Stein 104.

58) Hier soll der Widersprechende sich also ausnahmsweise auf das Nichtbestehen des Pfändungspfandrechts berufen können. Stein 104. Ähnlich Bruns 137/138: Bei arglistigem Zusammenwirken sei der Gläubiger nicht an die Rechtskraft gebunden.

streckung bei § 878 ZPO führen⁵⁹⁾. Indes erscheint ein solcher Schluß nicht zwingend. In den seltenen Fällen, wo mit Hilfe prozessualer Manipulationen ein Dritter geschädigt werden soll, bietet das Gläubigeranfechtungsrecht schon genügenden Schutz. Auch die Rechtskraft eines Titels steht nicht im Wege (arg. § 6 AnfG, § 35 KO⁶⁰⁾). Gerade der Grundgedanke des Anfechtungsgesetzes erscheint angesichts der Gefahren der Rechtskrafterstreckung als das ausschlaggebende Argument: Ein Gläubiger soll die materiellen wie prozessualen Dispositionen des Schuldners nur in ganz engem Rahmen angreifen dürfen, im übrigen aber muß er sie gegen sich gelten lassen. - Daher kann z.B. der nachpfändende Gläubiger gegenüber dem Titel des Vormannes nicht behaupten, der Schuldner habe den Prozeß nachlässig geführt. Das erkennt Bettermann selbst für die Rechtskrafterstreckung ganz allgemein an⁶¹⁾. Das gilt aber auch bei § 878 ZPO, wenn der Titel des Vormannes zunächst noch nicht rechtskräftig war.

Auch dann wird also eine Rechtskrafterstreckung für den nachpfändenden Gläubiger zumutbar sein, wenn der Titel des Vormannes erst nach der Zweitepfändung in Rechtskraft erwächst. Wer zu spät kommt, muß eben damit rechnen, daß ihm ein Pfandrecht vorgeht, auch wenn die diesem zugrunde liegende Forderung noch nicht rechtskräftig festgestellt ist. Denn mit der Nachpfändung hat sich der später Kommende in Abhängigkeit zu dem zwischen dem erstpfindenden Gläubiger und dem

59) Dasselbe Argument würde auch für § 146 KO zutreffen.

60) Böhle-Stamschräder, Anfechtungsgesetz, 2.Aufl.1956, § 6 Bem.2, 5; Jaeger, Die Gläubigeranfechtung außerhalb des Konkursverfahrens, 2.Aufl.1938, § 6 Bem.6,7; RGZ 10, 33 ff (Vereinigte ZS); RG JW 1906, 234. Vgl. auch die Begründung des E, Hahn 451: Eine Konkursanfechtung müsse auch beim Pfändungspfandrecht möglich sein, "weil die prozessualen Handlungen, durch welche die Pfändung veranlaßt worden ist, auf einer Kollusion des Schuldners und Gläubigers zum Nachteil anderer Gläubiger beruhen können".

61) Bettermann 115.

Schuldner bestehenden Rechtsverhältnis begeben. Insofern ist er aber auch der Disposition der Parteien ausgesetzt, gegen die er sich nur nach Maßgabe des Gläubigeranfechtungsrechts wehren kann.

8. Wer in § 767 Abs.2 ZPO das Korrelat der materiellen Rechtskraft erblickt, wird ohne Mühe die Präklusionswirkung des Urteils in vollem Umfang auch für die Fälle der Rechtskrafterstreckung eintreten lassen⁶²⁾. Diese Konsequenz wird allerdings von Bettermann und A. Bloemeyer gerade nicht gezogen; es ist lediglich davon die Rede, daß "durch die Rechtskraft des Urteils" all die Einwendungen des widersprechenden Gläubigers präkludiert seien, welche vor Schluß der letzten Tatsachenverhandlung entstanden sind⁶³⁾. Eine Präklusion bei nur vorläufig vollstreckbaren Titeln wird von Bettermann hingegen ausdrücklich abgelehnt⁶⁴⁾.

Zunächst ist auf einen Gesichtspunkt einzugehen, der die Brauchbarkeit des in § 767 Abs.2 ZPO enthaltenen Gedankens bei der Rechtskrafterstreckung selbst betrifft. - Bettermann macht darauf aufmerksam, daß

62) Schönke-Baur 133 weisen darauf hin, daß ein Widerspruchsgläubiger nur die nach § 767 Abs.2 dem Schuldner noch zustehenden Einwendungen geltend machen kann. Ebenso RGZ 153, 200 (204); OLG Dresden, OLG Rspr 13, 215; OLG Celle Rspr 33, 124; OLG Jena JW 1920, 847 = SeuffArch 74, 272; OLG Kiel JW 1933, 2019; Seuffert-Walsmann § 878 Bem.1c; Rosenberg, 8.Aufl.1960, S.1037 (so schon in der 3.Aufl.1931, S.706 - anders jetzt 9.Aufl. 1037): Weil nun auch bei vorläufig vollstreckbaren Titeln Präklusion nach § 767 Abs.2 eintritt, glaubt Rosenberg eine Rechtskrafterstreckung ablehnen zu können. - Hier wird das Verhältnis von Rechtskraft und Präklusion verkehrt gesehen: Damit § 767 Abs.2 im Verhältnis zu Dritten auch bei vorläufig vollstreckbaren Urteilen zur Geltung gelangen kann, muß zunächst einmal Rechtskraft im Verhältnis zu diesen Dritten eintreten können.

63) Bettermann 178.

64) Bettermann 120, 180. Anscheinend auch Bruns 137. - Für Pappenheim, der eine Rechtskrafterstreckung ausdrücklich ablehnt, ist es folgerichtig, daß ein Pfandgläubiger im Widerspruchsverfahren nochmals Einwendungen vorbringen kann, die der Schuldner schon verwirkt hat. Pappenheim 63 (aE); ebenso Stein-Jonas § 878 Bem. II 2; Martin 243 ff.

dem Dritten durch § 767 Abs.2 nicht diejenigen Einwendungen ausgeschlossen werden dürfen, die ihm selbst gegen die obsiegende Partei zustehen. "Denn diese Einwendungen waren nicht Gegenstand des vorausgegangenen Prozesses, können also durch das Urteil dieses Prozesses nicht präkludiert sein"⁶⁵⁾. Der Dritte soll also die Möglichkeit haben, die ihm noch zustehenden Gegenrechte über die Beschränkung des § 767 Abs.2 hinaus im Wege der Vollstreckungsabwehrklage geltend zu machen. - Ob diese Lehre im einzelnen zutreffend ist, bedarf hier keiner weiteren Erörterung; denn der später pfändende Gläubiger wird kaum in der Lage sein, die Forderung des Vormannes mit eigenen Gegenrechten zu bekämpfen. Eine Ausnahme ist hier nur für den Einwand der Kollusion denkbar. Allerdings ist nicht die Vollstreckungsabwehrklage der geeignete Weg, um das Anfechtungsrecht des Gläubigers zur Geltung zu bringen, sondern die Widerspruchsklage nach § 878 ZPO⁶⁶⁾. - Demnach ist "besseres Recht" im Sinne des § 878 Abs.2 nicht allein ein schon bestehender besserer Rang des Widerspruchsgläubigers; vielmehr kann auch das Anfechtungsrecht des Gläubigers selbst zum Gegenstand des Widerspruchsprozesses werden⁶⁷⁾. Für die Rechtsstellung des Widerspruchsklägers macht es dabei im Ergebnis keinen Unterschied, ob dem Titel des Vormannes eine "wirkliche" Forderung zugrunde liegt, die durch eine der in § 3 Anfechtungsgesetz genannten Rechtshandlungen begründet wurde und folglich auch dem Titelinhaber zu einem vorrangigen Pfandrecht verhelfen kann -

65) Bettermann 49; siehe auch S. 47 f.

66) Das ist einhellige Meinung von Rspr. und Schrifttum.

67) Mißverständlich Pappenheim 91 Note 2, wenn er sagt, Streitgegenstand sei hier nicht allein das Widerspruchsrecht, sondern auch das eigene Anfechtungsrecht des Klägers. Richtig dagegen Goldschmidt, Zivilprozeßrecht 366. - Zur Formulierung des Klagantrags vgl. den Vorschlag von Pappenheim 91 Note 1.

oder ob dem durch Kollusion erlangten Titel überhaupt kein materieller Anspruch entspricht⁶⁸⁾.

Hat sich damit erwiesen, daß es nicht notwendig ist, zugunsten des später pfändenden Gläubigers die Barriere des § 767 Abs.2 zu durchbrechen, so bleibt noch ein weiterer Einwand Bettermanns zu prüfen, der viel weiter geht⁶⁹⁾. Bei der Vollstreckung rechtskräftiger Entscheidungen seien Einwendungen aus dem Rechtsverhältnis der Parteien des Erkenntnisverfahrens abgeschnitten - "eben kraft der erstreckten Rechtskraft". Hieraus zieht Bettermann den Umkehrschluß: "Also sind sie es bei nur vorläufig vollstreckbaren Urteilen nicht!" Das bedeutet also, daß bei vorläufig vollstreckbaren Titeln zwar der Verurteilte mit seinen vor Schluß der letzten Tatsachenverhandlung liegenden Einwendungen präkludiert ist, nicht aber der Dritte, auf den sich später die Rechtskraft erstrecken wird. Bettermann begründet dieses Ergebnis mit einer Überlegung, die an den Grund der Präklusion anknüpft⁷⁰⁾. § 767 Abs.2 gelte nur für die Vollstreckungsgegenklage, nicht aber für die Geltendmachung "alter" Einwendungen im Wege des Einspruchs und des Rechtsmittelverfahrens. Weil nun dem Verurteilten die alten Einwendungen noch zustehen, "deshalb kann ihre Geltendmachung im Verfahren nach § 767 ihm verwehrt werden". Während der Verurteilte in seinen Rechten somit nicht verkürzt werde, sei das bei Dritten anders; der Dritte könne Rechtsmittel allenfalls als Nebenintervenient einlegen⁷¹⁾.

68) Nur an den letzteren Fall denkt Stein 104: Der Gläubiger soll geltend machen können, daß der vorstehende Gläubiger kein Pfandrecht erworben hat, weil hinter dem Titel kein Anspruch stand. - Die Befugnisse des anfechtenden Gläubigers gehen in Wirklichkeit aber noch weiter!

69) Bettermann 119.

70) Bettermann 120.

71) Auf letzteres weisen auch Hellwig, Anspruch und Klagerecht, 1900, S.504, und Bruns 137 hin. Für die Dauer des Rechtsmittelverfahrens könne der Gläubiger dann die Aussetzung des Widerspruchsprozesses erwirken (§ 148).

Es ist zwar richtig, daß die verurteilte Partei im Einspruchs- und Berufungsverfahren nicht auf alte Einwendungen verzichten muß; deren Geltendmachung ist aber im Revisionsverfahren eine ganz entscheidende Beschränkung auferlegt: die bloße Nachprüfbarkeit von Rechtsfragen⁷²⁾. Die von Bettermann angegebene Rechtfertigung des § 767 Abs.2 paßt hier also offenbar nicht. Obwohl eine Verkürzung der Rechte des Verurteilten in der Revisionsinstanz eingetreten ist, vermag dieser die abgeschnittenen Einwendungen nicht im Wege der Vollstreckungsabwehrklage geltend zu machen. Der Schuldner könnte eine Klage nach § 767 ZPO allenfalls auf solche Einwendungen stützen, die nach der letzten Tatsachenverhandlung entstanden sind. Er hat aber keine Möglichkeit mehr, "alte" Tatsachen, deren Geltendmachung ihm im Revisionsverfahren verwehrt ist, mit der Vollstreckungsabwehrklage vorzubringen. - Wenn im Rechtsmittelverfahren die alten Einwendungen in vollem oder beschränktem Umfang zugelassen werden, so folgt das schon aus dem Zweck des Rechtsmittels: Das Urteil soll auf seine Richtigkeit hin überprüft werden. Dabei darf natürlich keine Präklusion im Wege stehen. Indem Bettermann den Ausschluß vorgeborener Einwendungen bei nur vorläufig vollstreckbaren Titeln (für die unterlegene Partei) vom Rechtsmittelverfahren her zu erklären sucht, übersieht er, daß § 767 Abs.2 nicht allein als Ausfluß der Prozeßökonomie zu verstehen ist. Wie wir schon gesehen haben, soll die Bestimmung auch den "Unterbau des Urteils" überall dort absichern, wo die Richtigkeit der Entscheidung nicht mehr angegriffen werden darf - d.h. also: überall mit Ausnahme des Rechtsmittelverfahrens. Diese letztere Aufgabe aber macht es notwendig, daß § 767 Abs.2 in seiner Wirkung genauso

72) Dazu auch Habscheid AcP 152, 172, der hier die Präklusion als nicht endgültig ansieht. Präklusion trete endgültig erst mit der formellen Rechtskraft ein.

weit geht, wie die Rechtskraft des Urteils zu reichen vermag⁷³⁾. Treffend hat Schwab darauf aufmerksam gemacht, daß die Rechtskraft ohne die Wirkung der Präklusion ihre Bedeutung verlöre⁷⁴⁾.

Bettermann⁷⁵⁾ vollzieht freilich insofern einen merkwürdigen Schritt, als das vorläufig vollstreckbare Urteil im Verhältnis zu Dritten zwar nicht die Präklusion nach § 767 Abs.2, wohl aber die mildere nach §§ 279, 529 ZPO bewirken soll. Die Begründung glaubt Bettermann im Gedanken der prozessualen Abhängigkeit zu finden. Gerade dieser aber müßte dazu führen, auf den Dritten die viel stärkere Wirkung des § 767 Abs.2 auch bei vorläufig vollstreckbaren Urteilen auszudehnen; denn Abhängigkeit besteht ja nicht nur im Rahmen der "Sanktion für nachlässige Prozeßführung".

9. Als Ergebnis der Überlegungen, ob Schuldner oder Mitgläubiger die im Titel "verkörperte Forderung"⁷⁶⁾ bestreiten können, läßt sich also ein "Nein" aussprechen. Alle rechtskraftfähigen Titel sind für die Beteiligten in prozessualer Hinsicht als gleichwertig anzusehen⁷⁷⁾. Diese Erkenntnis ist keineswegs selbstverständlich⁷⁸⁾. Bedeutsam sind ihre Konsequenzen, wenn

73) Entschieden dagegen Bettermann 180.

74) Schwab 169.

75) Bettermann 121.

76) Bruns 87, 137; auf S.58 ist von einer Fixierung des Anspruchs durch den Titel die Rede.

77) Auch im Fall der Forderungspfändung kann der Drittschuldner nicht dem Gläubiger gegenüber behaupten, das Urteil sei zu Unrecht ergangen. In diesem Punkte ist Pagenstecher, Prozeßprobleme 33 Note 8 (34/35) voll zuzustimmen. Vgl. hierzu auch die Ausführungen von Bettermann 143 f und RGZ 38, 400; 93, 74 (77f).

78) Für vorläufig vollstreckbare Titel vertritt z.B. Pappenheim 61 die Ansicht, der Eigentumserwerb in der Versteigerung sei von der Existenz eines dem Titel zugrunde liegenden Anspruchs abhängig. Wenn der Erwerber also im Hinblick auf die Richtigkeit des Titels bösgläubig ist, kann er nach § 1244 BGB kein Eigentum erwerben! Ebenso Goldschmidt bei Pappenheim 103 Note 1.

man für das Pfändungspfandrecht noch einen kleinen Schritt folgen läßt - den Übergang vom Prozessualen zum Materiellen.

Schon Hellwig hat 1883 die Meinung vertreten, daß die Zwangsvollstreckung aus einem vorläufig vollstreckbaren Schuldtitel der aus einer rechtskräftigen Entscheidung in ihren Wirkungen völlig gleichgestellt sei⁷⁹⁾. Bis zur Aufhebung des Titels gelte derjenige, zu dessen Gunsten die Entscheidung gefällt ist, dem Schuldner gegenüber als Gläubiger. - Hier spielt ersichtlich eine Fiktion hinein, wie sich besonders auch in folgendem zeigt: "Ein Pfandrecht ... kann die Pfändung ... auf Grund eines zu Unrecht ergangenen vorläufig vollstreckbaren Urteils nicht erzeugen, weil das Pfandrecht in seiner Entstehung von der Existenz der zu sichernden oder zu befriedigenden Forderung bedingt ist. Wenn deshalb jenes Urteil aufgehoben wird, so ist der Pseudogläubiger auch nicht wirklicher Pfandgläubiger geworden. Aber das Gesetz stellt ihn einem solchen gleich"⁸⁰⁾.

Weigelin⁸¹⁾ wendet hiergegen ein, wenn die ZPO jemand einem "wirklichen" Pfandgläubiger gleichstelle, so erkenne sie ihn eben damit als wirklichen Pfandgläubiger an. - Dieser Hinweis berührt den entscheidenden Punkt: Es ist sinnvoll, das materielle Pfändungspfandrecht den prozessualen Gegebenheiten anzupassen, Prozessuales in materielle Form umzugießen. Gerade in diesem Zusammenhang erweist sich der Gedanke der "pro-

79) Hellwig 118.

80) Hellwig 119 f. Dem hat sich Falkmann, 1. Aufl. 1888, S. 170 angeschlossen. Gmelin, Die Vollstreckbarkeit nach Reichszivilprozeßrecht, 1898, S. 36 Note 2. Die Gleichbehandlung von vorläufig vollstreckbaren und rechtskräftigen Urteilen war auch ein durchaus anzuerkennendes Anliegen von Pagenstecher. Siehe Prozeßprobleme 32. Wenn er aber Gruch 50, 291 ausführt, das Gesetz mache keinen Unterschied, ob die Pfändung auf Grund eines definitiven oder eines nur vorläufig vollstreckbaren Titels erfolge, so beweist das noch nichts für die Nichtakzessorietät des Pfändungspfandrechts.

81) Weigelin 8.

zessualen Qualifikation", aus welcher das Pfändungspfandrecht erwächst⁸²⁾, als fruchtbar, gibt er doch die Legitimation, das Pfändungspfandrecht so auszugestalten, daß Umstände, welche vor dem in § 767 Abs.2 genannten Zeitpunkt liegen, für seinen Bestand unerheblich sind. Wenn sich keiner der Beteiligten auf den Mangel einer materiellen Forderung berufen kann, ist nicht einzusehen, warum das Pfandrecht dann trotzdem in vollem Umfang von einer solchen abhängen soll. Man kann dann aber nur noch insofern von einer Akzessorietät sprechen, als sich das Pfandrecht an die Forderung anschmiegt, welche der Richter auf Grund der letzten Tatsachenverhandlung als gegeben annahm - dieselbe Forderung, die nun Gegenstand der Vollstreckung ist.⁸³⁾

Gegen dieses Ergebnis würde Stein sicher den Einwand erheben, es handle sich wiederum um eine Fiktion; man kehre damit zu der Lehre von Falkmann zurück⁸⁴⁾. In der Tat hat Falkmann die Behauptung aufgestellt, das Vorhandensein einer Forderung ergebe sich ohne weiteres aus dem Vorliegen eines Schuldtitels⁸⁵⁾ (- dieser Satz bedarf freilich der Ein-

82) Bruns ZJP 64, 327. Vgl. auch Bettermann 34.

83) Zur Klarstellung sei nur bemerkt, daß es sich dabei nicht um den Prozeßanspruch handelt; es geht hier vielmehr um den materiell-rechtlichen Anspruch, der vom Richter festgestellt wird. - in demselben Sinne, wie § 218 Abs.1 S.1 BGB von einem "rechtskräftig festgestellten Anspruch" spricht. Zur Unterscheidung von prozessualen Anspruch und "festgestelltem Anspruch" vgl. die Ausführungen von Schwab 141 ff, 147. - Daher liegt auch ein Einwand von Amend neben der Sache: Amend 24 bezeichnet es als widersinnig, sich zur Durchsetzung eines "verfahrensrechtlichen Anspruches" eines materiell-rechtlichen Instituts zu bedienen.

84) Vgl. Stein 32. Pappenheim 57 spricht von einer "sicherlich ... falschen Fiktion des Anspruchs bei Vorliegen irgendeines Schuldtitels". S.53: Eine Unterstellung des materiellen Anspruchs bei Vorliegen eines Schuldtitels widerspreche den "allgemeinen Grundsätzen".

85) Falkmann 625. Diese Ansicht ist allem Anschein nach stark von Hellwig 118 ff beeinflusst. Vgl. Falkmann, 1. Aufl. 1888, S.170. Hellwig bezeichnet in einer späteren Schrift dann (Anspruch und Klagerecht,

schränkung, denn er ist nur für rechtskraftfähige Titel vertretbar). Jedoch erscheint Steins Polemik gegen Falkmann um so weniger gerechtfertigt, als sonst nur der Ausweg offenbleibt, bei der Vollstreckung eines Fehlurteils mit einem "Pseudogläubiger" vorlieb zu nehmen. Stein deutet das selber an, wenn er einen scharfen Unterschied macht zwischen dem "Gläubiger für die Zwangsvollstreckung" und dem "Gläubiger des materiellen Rechts"⁸⁶⁾. - Auch das Pfändungspfandrecht kann nicht an der Möglichkeit eines Fehlurteils vorbeigehen, denn dieses stellt keinen "völlig anormalen, ganz außergewöhnlichen Grenzfall" dar⁸⁷⁾. Hinter der Lehre von der streng-materiellen Akzessorietät des Pfändungspfandrechts verbirgt sich unausgesprochen die Auffassung von der Rechtswidrigkeit des unrichtigen Urteils. Jedoch erreicht auch die Fehlentscheidung das Prozeßziel⁸⁸⁾ und ist somit rechtmäßig. - So bleibt aber nur die Wahl, entweder die im Urteil festgestellte Forderung an die Stelle der "wirklichen" Forderung zu setzen oder überhaupt jegliche Akzessorietät zu leugnen. So verlockend diese letztere Möglichkeit auch sein mag, weil sie sich mit einem kühnen Schritt aller Schwierigkeiten entledigt: Sie überspringt jene Grenze, die uns durch das Prinzip der Erforderlichkeit vorgezeichnet ist, sie würde zu übermäßigen Belastungen führen. Demgemäß bleibt nur übrig, das Pfändungspfand-

1900, S.504) im Anschluß an Planck das Urteil als unwiderlegbares Beweismittel für das Recht des Gläubigers. Ähnlich auch R.Schmitt 934: Die materielle Prüfung des Anspruchs werde durch den formalen Vollstreckungstitel ersetzt und gewissermaßen absorbiert. - Im neueren Schrifttum spricht Bruns 137 von einer "Formalisierung der Forderung im Vollstreckungstitel".

86) Stein 104. Daß der Standpunkt Steins in der Frage der Akzessorietät nicht von Widersprüchen frei ist, hat schon Pagenstecher RheinZ 6, 513 ff und Prozeßprobleme 33 dargelegt. Siehe auch Pappenheim 57.

87) Dazu Sax ZZP 67, 28.

88) Sax ZZP 67, 43, 45.

recht an den durch richterliche Entscheidung festgestellten Anspruch anzulehnen^{89) 90)}. Erst solche Umstände, die zeitlich nach der Zäsur des § 767 Abs.2 ZPO liegen, sind also in der Lage, auf das Bestehen des Pfandrechts einzuwirken⁹¹⁾ - sei es, daß eine Zahlung des Schuldners nach Erlaß des Urteils das Entstehen eines Pfändungspfandrechts von vornherein verhindert, sei es, daß ein schon entstandenes Pfandrecht durch die Zahlung zum Erlöschen gebracht wird. - Es besteht demnach ein augenscheinlicher Zusammenhang zwischen Begründetheit der Vollstreckungsabwehrklage und der Akzessorietät des Pfändungspfandrechts⁹²⁾. Das findet seine Erklärung in dem Umstand, daß Streitgegenstand der Gegenklage das Fortbestehen des im Titel verbrieften Anspruchs ist^{93) 94)}. Die Vollstreckungsberechtigung des Gläu-

89) Demgemäß ist es unrichtig, wenn Martin 105 bemerkt, nach der h.M.könne bei der Vollstreckung einer Fehlentscheidung kein Pfändungspfandrecht entstehen.

90) Beim Arrestbefehl fehlt es an der bindenden Feststellung eines Anspruchs. Trotzdem ist es nicht richtig, aus diesem Grunde mit Hellwig (Anspruch und Klagrecht 504 bes.Note 89) eine Abhängigkeit des Arrestpfandes von der wirklichen Forderung anzunehmen. Siehe auch Bruns 137. Große Schwierigkeiten ergeben sich nämlich dann, wenn später eine unrichtige Entscheidung ergeht und die Akzessorietät des Pfändungspfandrechts von der in Wirklichkeit nicht bestehenden auf die im Urteil festgestellte Forderung umgestellt werden müßte. Im Zusammenhang mit dem Arrestpfand erweist sich daher der Gedanke an § 1204 Abs.2 BGB als wertvoll. Das Pfandrecht hängt dann von der künftig festzustellenden Forderung ab, ist aber schon jetzt ein festes Anrecht des Gläubigers (dazu vor allem v.Lübtow 348 f.).

91) So auch Falkmann-Hubernagel § 804 Bem. 2 a. Die Begründung erscheint aber fragwürdig: Würde das Pfandrecht bei nachträglichem Untergang der Forderung bestehen bleiben, so könnte der Schuldner bei verpaßter Vollstreckungsgegenklage keine Erstattung verlangen.

92) So grundsätzlich auch Martin 253 - mit einer Einschränkung bzgl. § 767 Abs.2 ZPO allerdings in Note 18.

93) Überzeugend: Bettermann, Rechtshängigkeit 45; ZJP 62, 224. Die Frage ist freilich sehr umstritten. So sieht z.B. Goldschmidt, Ungerechtfertigter Vollstreckungsbetrieb 55, als Prozeßgegenstand an den Anspruch auf urteilsmäßigen Widerruf des im Vollstreckungstitel steckenden unbedingten Vollstreckungsbefehls an die Vollstreckungsorgane.

bigers deckt sich nur dann mit dem Bestehen einer materiellen Forderung, wenn der Titel nicht in Rechtskraft erwachsen kann.

Soweit der Gläubiger auf Grund einer vollstreckbaren Urkunde die Zwangsvollstreckung betreibt, kommt es also auf den wahren Bestand der im Titel verbriefenen Forderung an⁹⁵⁾. Denn hier bindet weder die Rechtskraft Schuldner und Mitgläubiger an den Titel, noch tritt eine Präklusion nach § 767 Abs.2 ein: § 797 Abs.4 ZPO.

10. Besondere Schwierigkeiten stellen sich dem Pfändungspfandrecht im Steuerbeitreibungs- und Verwaltungsvollstreckungsverfahren⁹⁶⁾. Zunächst scheint es so, als komme es allein darauf an, ob die Feststellung einer Verwaltungsbehörde, daß ein Anspruch besteht, wie ein richterliches Urteil der materiellen Rechtskraft fähig ist⁹⁷⁾. Die Frage kann im Rahmen dieser Arbeit nur kurz berührt werden. Man wird mit der heute herrschenden Meinung - insbesondere mit Jesch - wohl davon ausgehen dürfen, daß ein Verwaltungsakt nur dann in materielle Rechtskraft zu erwachsen vermag, wenn er in einem gerichtsförmigen Verfahren ergangen ist⁹⁸⁾. Dieses Erfor-

94) Soweit der Schuldner mit der Vollstreckungsabwehrklage allerdings nur die Einstellung der Vollstreckung erreichen kann (§§ 775 Nr.2 i.V. mit Nr.4, 776 ZPO) - etwa weil der Gläubiger gestundet hat, bleibt das Pfandrecht wie auch die Vollstreckbarkeit des Titels weiter bestehen.

95) So Hellwig, Anspruch und Klagrecht 504 (bes.Note 89). Hellwigs scharfsinnige Verschiedenbewertung der Vollstreckungstitel hat im Schrifttum nicht viel Verständnis gefunden. Pappenheim 60 bezeichnet sie als "willkürlich". Gegen Hellwig neuerdings Martin 244 f. Wie Hellwig anscheinend jetzt auch Lent-Jauernig 49. Siehe auch Bruns 137.

96) Für die Vollstreckung eines verwaltungsgerichtlichen Urteils gilt grundsätzlich dasselbe wie für Zivilurteile. Siehe dazu §§ 121, 167 Abs.1 VwGO und §§ 141 Abs.1, 198 Abs.1 SGG. Im übrigen verweist § 169 Abs.1 VwGO (wie auch § 200 SGG) auf das BVerwVollstrG, Abs.2 auf die Ländergesetze.

97) Vgl.dazu die eingehenden Untersuchungen von Jesch, Die Bindung des Zivilrichters an Verwaltungsakte, 1956, S.69 ff. Siehe auch Forsthoff 231 ff (mit aus-

dernis ist weder bei einem Steuerbescheid ⁹⁹⁾ noch einem sonstigen behördlichen Leistungsbescheid gegeben. Somit liegt die Folgerung nahe, daß hier ähnlich wie bei den vollstreckbaren Urkunden das Pfändungspfandrecht von der Existenz eines wirklichen Anspruchs abhängt.

Ein erster Zweifel an der Richtigkeit dieser Annahme ergibt sich aus der Tatsache, daß nach allgemeiner Anschauung ein unanfechtbar gewordener Verwaltungsakt in der Vollstreckung eine dem § 767 Abs. 2 ZPO entsprechende Ausschlußwirkung zeigt ¹⁰⁰⁾. Der Vollstreckungsschuldner kann sich gegen die Vollstreckungstätigkeit der Behörde nur insofern erfolgreich wehren, als er Einwendungen vorbringt, welche er gegen den im Verwaltungsakt unanfechtbar festgestellten Anspruch nicht schon früher durch Einlegung von Rechtsmitteln oder im Laufe des Rechtsmittelverfahrens hätte geltend machen können ¹⁰¹⁾. Das scheint nun für die Schlußfolgerung zu sprechen, daß die Akzessorietät des Pfändungspfandrechts eingeengt ist, soweit eine Präklusion auf Grund der formellen Rechtskraft des Verwaltungsaktes den Rückgriff auf die wahre Rechtslage verbietet.

Aber auch dieser Satz führt noch nicht zur Lösung des Problems, enthält er doch die Feststellung, daß es bei einem noch anfechtbaren Leistungsbescheid auf die wahre Rechtslage ankomme.

fürhlichen Lit.Nachw.); BVerfG 2, 380 (393 f); BVerwG 4, 250 (253); DVBl 1958, 56 (58), 285; Hamb. OVG DVBl 1960, 525 (526); BSG DÖV 1961, 61 f.

98) Jesch 87 ff (Beispiele dafür auf S. 92 f).

99) Im steuerrechtlichen Schrifttum sind die Meinungen über die Rechtskraft von Steuerverwaltungsakten recht uneinheitlich. Siehe die Literaturübersicht bei Jesch 80 ff und Klein VerwArch 45, 49 ff.

100) Dazu bes. OVG Hamburg DVBl 1962, 683 (684) = DÖV 1962, 755 f; OVG Berlin DVBl 1961, 483; VGH Kassel NJW 1959, 167; DVBl 1960, 37 (38). Es soll hier nicht auf die Streitfrage eingegangen werden, ob die nachgeborenen Einwendungen im Wege einer Vollstreckungsgegenklage oder einer Aufhebungsklage vorzubringen sind. Vgl. OVG Hamburg aaO; Rupp AöR 85, 320 ff; Hauelsen DVBl 1960, 40; Groß-Kreiling DVBl 1963, 393 ff; Renck NJW 1964, 848.

101) so auch OVG Hamburg aaO.

Um die Problematik von Grund auf zu klären, ist es notwendig, die beiden eingangs erörterten Fälle auf die Vollstreckung im Steuerbeitreibungs- und Verwaltungsvollstreckungsverfahren abzuwandeln: Der Schuldner klagt gegen den Staat (nach Pfändung auf Grund eines noch nicht formell rechtskräftigen Leistungsbescheides) auf Feststellung, ein Pfändungspfandrecht bestehe nicht; denn eine Forderung des Staates sei nicht vorhanden. Oder der Konkursverwalter wendet gegenüber dem Absonderungsrecht des Staates ein, der Anspruch des Staates gegen den Gemeinschuldner habe niemals bestanden.

In beiden Fällen handelt es sich um zivilrechtliche Streitigkeiten. Geht man von der Akzessorietät des Pfändungspfandrechts gegenüber der "wirklichen" Forderung des Staates aus, so müßte der Zivilrichter an sich das Bestehen einer öffentlich-rechtlichen Forderung, an welche sich das Pfändungspfandrecht anlehnt, als Vorfrage prüfen. Dem Zivilrichter ist jedoch auf Grund der Bindungswirkung eines rechtswirksamen (wenn vielleicht auch fehlerhaften) Staatsaktes die Möglichkeit genommen, die Rechtmässigkeit des Bescheides zu überprüfen. Er ist gehalten, den Bescheid als solchen hinzunehmen. Dem Vollstreckungsschuldner bzw. dem Konkursverwalter ist mithin keine Möglichkeit gegeben, im Zusammenhang mit der Frage des Pfändungspfandrechts Einwendungen gegen die Rechtmässigkeit des Leistungsbescheides zu erheben. Das wäre nur im Rahmen eines Rechtsmittels gegen den Bescheid selbst möglich¹⁰²⁾. Damit steht aber auch fest, daß es im Verhältnis Staat-Vollstreckungsschuldner für das Pfändungspfandrecht nicht darauf ankommen kann, ob

102) Vgl. auch Riewald § 344 Bem.1; Solange die Feststellung des Anspruchs durch die Vollstreckungsbehörde nicht im Wege des § 327 RAO aufgehoben sei, könne der Geltendmachung des Pfändungspfandrechts nicht entgegengehalten werden, daß der Anspruch tatsächlich nicht besteht (entsprechend Kautz-Riewald Bem.1 zu § 804 ZPO). Hier scheint freilich die Vorstellung mitzuspielen, das Zwangsbeitreibungsverfahren sei "Durchführung" des Pfändungspfandrechts. Insofern liegt dann ein ähnlicher Irrtum vor wie beim BFH. Dazu oben S. 46 Note 64.

die in dem Bescheid getroffene Feststellung einer Forderung der wirklichen Rechtslage entspricht.

Ob die Beschränkung der Akzessorietät auch im Verhältnis zu einem nachpfändenden Gläubiger gilt, erscheint sehr fraglich¹⁰³⁾. Zu erwägen bleibt allerdings, ob nicht die materielle Bindungswirkung von Verwaltungsakten¹⁰⁴⁾, die der materiellen Rechtskraft eines Urteils wesensverwandt ist, eine Ausdehnung auf Dritte verträgt - vor allem, ob sie dann auch in den Fällen einer zivilrechtlichen Abhängigkeit zum Zuge kommt¹⁰⁵⁾. Diese Frage ist noch völlig ungeklärt und kann hier nicht beantwortet werden. Wäre sie zu bejahen, so müßte der nachpfändende Gläubiger wohl auch bei noch nicht rechtskräftigen Bescheiden an die Feststellung der Behörde gebunden sein. Insofern käme man dann unter Umständen in der Frage der Akzessorietät zu dem gleichen Ergebnis wie bei der Vollstreckung aus einem zivilrechtlichen Urteil: daß sich also das Pfändungspfandrecht an die "festgestellte" Forderung anlehnt.

103) Vgl. den interessanten Fall, den das HansOLG in seinem Urteil vom 5. Juli 1929 zu entscheiden hatte (auszugsweise mitgeteilt bei Pagenstecher, Prozeßprobleme 36 Note 9): Das Deutsche Reich hatte Waren auf Grund eines rechtskräftigen Steuerbescheids gepfändet. Dann ließ ein privater Gläubiger dieselben Waren nochmals pfänden. Der Versteigerungserlös deckte nicht einmal die Steuerforderung, deren Bestand der nachpfändende Gläubiger dann (erfolglos) im Verteilungsverfahren mit der Widerspruchsklage bestritt. - Sowohl das OLG wie auch Pagenstecher haben anscheinend übersehen, daß ein Steuerbescheid nicht der materiellen Rechtskraft fähig ist.

104) Hierzu neuerdings BSG DÖV 1963, 182 ff = NJW 1963, 557 ff = MDR 1963, 254 f.

105) § 119 Abs. 2 RAO bestimmt, daß der Rechtsnachfolger die unanfechtbar gewordene Feststellung einer Steuerschuld gegen sich gelten lassen muß. RFH 35, 127 ff interpretiert § 119 Abs. 2 dahingehend, daß als "Rechtsnachfolger" nur der Gesamtrechtsnachfolger zu verstehen sei.

§ 11 Zusammenfassung

Das Ergebnis der Untersuchungen läßt sich wie folgt zusammenfassen:

Nachdem sich herausgestellt hatte, daß die Problematik des Pfändungspfandrechts weder auf Grund des Wortlautes einzelner Gesetzesbestimmungen noch durch die Entstehungsgeschichte der einschlägigen Vorschriften gelöst werden kann, gingen die weiteren Überlegungen vom Verwertungsvorgang aus. Die Frage nach der Verwertungsgrundlage, ob also das Pfändungspfandrecht oder die hoheitliche Pfandverstrickung Voraussetzung einer wirksamen Pfandverwertung ist, erwies sich als falsch gestellt. Der Begriff " Verwertungsgrundlage" ist überflüssig und steht einer sinnvollen Bewertung der Veräußerungsakte des Gerichtsvollziehers im Wege. Selbst nicht gepfändete Gegenstände können durch den Gerichtsvollzieher u.U. wirksam verwertet werden.

Die verschiedenen Ansichten über den Zweck des Pfändungspfandrechts (Sicherung und/oder Befriedigung des Gläubigers) schienen zunächst lediglich Folgerungen aus dem jeweiligen Standpunkt zur Frage der Verwertungsgrundlage zu sein. Bei der Erörterung von Randfragen - so namentlich beim Arrestpfandrecht - zeigte sich jedoch, daß die These vom "Befriedigungszweck" nicht voll durchführbar ist. Nur die gemischt privat-öffentlich- rechtliche Theorie ist zudem in der Lage, an einem einheitlichen Begriff des Pfändungspfandrechts festzuhalten.

Die endgültige Beantwortung der Frage nach der dogmatischen Einordnung des Pfändungspfandrechts ergab sich aus einer Untersuchung über das Verhältnis des Pfandrechts zu dem öffentlich-rechtlichen Verfahren der Zwangsvollstreckung. Dabei stellte sich zunächst heraus, daß ein privatrechtliches Pfandrecht "möglich" ist. Demgegenüber scheitern die Anhänger eines öffentlich-rechtlichen Pfändungspfandrechts an dogmatischen Gegebenheiten: sei es, daß sie in Schwierigkeiten mit dem Dogma vom staatlichen Zwangsmonopol oder mit dem "Vollstreckungsanspruch" geraten, sei es auch, daß ein " formelles " Pfandrecht auf einzelne

Fälle nicht paßt (so insbesondere nicht auf das Pfändungspfandrecht an Forderungen und im Verwaltungsvollstreckungsverfahren). Damit ergab sich die Schlußfolgerung, daß das Pfändungspfandrecht nur ein Institut des Privatrechts sein kann. Ein bürgerlichrechtliches Pfändungspfandrecht vermag im übrigen alle Interessenkonflikte sachgemäß zu lösen.

Zuletzt stellte sich das Problem der Akzessorietät. Ausgangspunkt war die These, daß sich das Pfandrecht an die materielle Forderung des Pfändungsgläubigers anlehnt. Es ergab sich, daß der Mangel einer solchen Forderung (und damit auch der Mangel eines Pfandrechts) einerseits nicht im Verhältnis Vollstreckungsgläubiger - Vollstreckungsschuldner, andererseits aber auch nicht im Verhältnis mehrerer Pfändungsgläubiger untereinander geltend gemacht werden kann. Diese Feststellung, die allerdings nur für die Vollstreckung aus rechtskraftfähigen Titeln gilt, legte die Forderung nahe, daß das Pfändungspfandrecht nicht gegenüber der materiellen Forderung des Gläubigers akzessorisch ist, sondern gegenüber dem Anspruch, den der Richter auf Grund der letzten Tatsachenverhandlung als gegeben annahm.

Soweit ein Titel nicht in materielle Rechtskraft zu erwachsen vermag, lehnt sich das Pfändungspfandrecht an die materielle Forderung an. Für das im Laufe des Verwaltungsvollstreckungsverfahrens entstehende (ebenfalls bürgerlichrechtliche) Pfändungspfandrecht konnte die Frage der Akzessorietät im Rahmen dieser Arbeit nicht abschließend geklärt werden.

Das privatrechtliche Pfändungspfandrecht - so kann abschliessend gesagt werden - ist ein dingliches Anrecht des Gläubigers auf Befriedigung aus dem Erlös des gepfändeten Gegenstandes. Im Gegensatz zum Pfandrecht der §§ 1204 ff BGB enthält es kein Recht des Gläubigers zur Verwertung. Seine Funktion liegt in der Schaffung einer Rangordnung für mehrere konkurrierend pfändende Gläubiger. Die Existenz des Pfändungspfandrechts ist durch die Gläubigerberechtigung bedingt.

Lebenslauf

Ich wurde am 6. Oktober 1938 in Münster/Westf. geboren als Sohn des Diplomlandwirtes Dr. Emil Jestaedt und seiner Ehefrau Martha Jestaedt geb. Hasken. Infolge des Krieges siedelte meine Familie 1943 nach Fulda über. Nach dem Besuch der Volksschule wurde ich 1949 Schüler des Domgymnasiums in Fulda. Am 4. März 1958 bestand ich die Reifeprüfung.

Im Sommersemester 1958 begann ich das Studium der Rechtswissenschaft an der Philipps-Universität in Marburg/L. Das Sommersemester 1959 und das Wintersemester 1959/60 verbrachte ich in Lausanne. Am 26. Oktober 1962 bestand ich in Marburg die 1. juristische Staatsprüfung.

Zur Zeit befinde ich mich im juristischen Vorbereitungsdienst.

